

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

LA
CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

ÉTUDE D'HISTOIRE DU DROIT ADMINISTRATIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 27 juin 1929

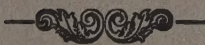
PAR

Ange BLONDEAU

Avocat à la Cour d'appel de Grenoble

Licencié ès Lettres

Lauréat de la Faculté de Droit



GRENOBLE

IMPRIMERIE ALLIER PÈRE ET FILS

26, cours Jean-Jaurès, 26

1929

LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

ÉTUDE D'HISTOIRE DU DROIT ADMINISTRATIF

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE — FACULTÉ DE DROIT

MM. REBOUD *, $\bar{\bar{I}}$, $\bar{\bar{Q}}$ I, doyen de la Faculté, professeur d'Économie politique.

CUCHE *, $\bar{\bar{Q}}$ I, professeur de Droit criminel.

PORTE O *, $\bar{\bar{Q}}$ I, professeur d'Économie politique.

ESCARRA $\bar{\bar{I}}$, $\bar{\bar{Q}}$ I, professeur de Droit commercial.

GUYOT *, $\bar{\bar{I}}$, $\bar{\bar{Q}}$ I, professeur de Droit civil.

PÉPY $\bar{\bar{I}}$, $\bar{\bar{Q}}$ I, professeur de Droit administratif.

REGNAULT $\bar{\bar{Q}}$ A, professeur d'Histoire du Droit.

GRANDCLAUDE $\bar{\bar{Q}}$ A, professeur de Droit romain.

LEGAL, professeur de Droit civil.

CHEVALLIER, agrégé, chargé du cours de Droit international public.

MAZEAUD, agrégé, chargé du cours de Droit commercial.

CROIZAT, chargé de cours de Procédure civile.

BESSON, chargé de cours de Droit civil.

FOURNIER O *, $\bar{\bar{Q}}$ I, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de Droit de Paris, doyen honoraire.

GUÉTAT *, $\bar{\bar{Q}}$ I, professeur honoraire.

CHAVANIÉ $\bar{\bar{Q}}$ I, secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

Président.... M. PÉPY.

Suffragants .. { MM. CUCHE.
CHEVALLIER.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

LA
CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

ÉTUDE D'HISTOIRE DU DROIT ADMINISTRATIF

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 27 juin 1929

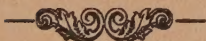
PAR

Ange BLONDEAU

Avocat à la Cour d'appel de Grenoble

Licencié ès Lettres

Lauréat de la Faculté de Droit



GRENOBLE

IMPRIMERIE ALLIER PÈRE ET FILS

26, cours Jean-Jaurès, 26

1929



INTRODUCTION

Ce travail a l'ambition de retracer les grandes lignes de l'évolution d'où est sortie une institution bien connue du Droit administratif contemporain : la concession de service public.

Chose apparemment curieuse, cette évolution qui a « fait » la concession de service public, est parmi les causes de ce qu'on a appelé : la crise de la concession.

Mais elle a sa place dans l'élaboration générale du Droit administratif, qui a transformé celui-ci en une discipline si vivante et autonome.

Comment s'est formée la notion actuelle de concession ; dans quelles conditions se sont élaborées les règles dominantes de ce mécanisme juridique : c'est à ces deux questions que tenteront de répondre les deux parties de cette étude.

Il n'est pas besoin de dire que celle-ci conduira chaque fois à préciser les traits qui caractérisent aujourd'hui la concession de service public.

PREMIÈRE PARTIE

La notion de concession de service public.

La concession de service public est l'acte¹ par lequel un particulier s'engage à assurer, à ses frais, risques et périls, le fonctionnement d'un service public, moyennant une rémunération qui consiste dans les profits résultant pour lui de l'exploitation du service, généralement dans des taxes qu'il reçoit l'autorisation de percevoir sur les usagers du service.

Les éléments constitutifs de la concession de service public sont donc : la gestion par un particulier d'un service public; la gestion de ce service aux frais, risques et périls du concessionnaire; une rémunération, résultant des profits qu'il tirera de l'exploitation du service, généralement l'institution au profit du concessionnaire de taxes qu'il lèvera sur les usagers du service. Lorsque ces trois éléments sont réunis, on se trouve en présence d'une concession de service public.

L'élément essentiel est la gestion d'un service public, et la concession est un mode de gestion des services publics par les particuliers.

Cette concession de *service public* est venue au jour à une date récente. Mais elle n'est que la transformation d'une insti-

¹ Dans toute cette première partie, nous emploierons toujours et à dessein ce terme vague d' « acte ». Nous nous prononcerons plus tard (dans notre deuxième partie) sur la nature juridique de la concession.

tution très ancienne : la concession de *travaux publics*, mode d'exécution des travaux publics.

L'objet de cette première partie sera de suivre l'évolution par laquelle s'est réalisé le passage de la concession mode d'exécution des travaux publics, à la concession mode de gestion des services publics; l'étude de cette évolution permettra de préciser tout à tour la notion ancienne et surtout la notion moderne de concession. Il faudra se demander toutefois si, au moment même où la notion nouvelle paraissait solidement installée dans notre Droit administratif, un arrêt du Conseil d'Etat, l'arrêt de Sigalas, du 22 juin 1928, n'est pas venu renverser l'édifice construit. D'autre part certaines concessions de service public ont des liens étroits avec le Domaine public : il conviendra, pour mieux dégager la notion que nous étudions, de s'arrêter dans un dernier chapitre sur les rapports de la concession avec le Domaine public.

CHAPITRE PRELIMINAIRE

Le terme concession dans la langue du Droit administratif.

Il n'est pas un auteur qui, entreprenant une étude d'ensemble sur la concession de service public, ne se soit, tout d'abord, arrêté pour constater le grand nombre et la diversité des acceptions que comporte le terme concession dans la langue du Droit administratif. Il n'en est pas qui n'en ait exprimé aussi quelque regret. Ce n'est pas pour obéir simplement à cette sorte de tradition que nous faisons ici comme nos devanciers. Mais, au seuil de développements consacrés à l'étude de l'élaboration de la *notion* de concession de service public, il n'est pas possible de ne pas évoquer les autres institutions du Droit administratif qui portent le nom de concession, afin, peut-être, de déceler la filiation de la concession qui nous occupe par rapport à celles-ci, et, au moins, de prévenir toute confusion.

Le Répertoire du Droit administratif de Béquet¹ définit la concession :

« Attribution à tel ou tel individu, à telle ou telle association du droit exclusif d'entreprendre un travail public déterminé; de se livrer à quelque exploitation soumise à l'agrément préalable de l'autorité; de disposer de telle ou telle portion du domaine public ou de l'Etat, ou d'un département, ou d'une commune »².

¹ Béquet, Répertoire du Droit administratif, V^o Concession (tome VIII, 1891).

² Même définition dans : Blanche, Dictionnaire général d'administration, édition refondue, 1904, V^o Concession.

Et l'auteur renvoie aux mots : Algérie, Commune, Département, Domaine, Mines, Travaux publics. Plus loin il ajoute :

« Il est une espèce d'aliénation et de baux, auxquels, eu égard sans doute à leur caractère tout particulier, on donne le nom de concessions de terrains dans les cimetières. On peut, en effet, sans méconnaître les principes qui régissent ces concessions, considérer comme de véritables baux celles qui sont faites à titre temporaire et comme des sortes d'aliénation celles qui sont constituées à titre perpétuel » ¹.

Précisons.

Le mot concession ne désigne pas seulement un mode d'organisation et de fonctionnement des services publics, ni un procédé particulier d'exécution des travaux publics.

Il est employé pour désigner certaines occupations privatives du Domaine public par les particuliers : ainsi on parle couramment de la concession d'occupation du Domaine ; souvent même, usant d'une terminologie critiquable, que d'ailleurs le législateur a employée lui-même ², on parle de concession sur le rivage de la mer et sur les rivières navigables et flottables. Les concessions dans les cimetières font partie de ces occupations.

On use du vocable concession pour désigner l'octroi du droit d'exploiter certaines industries qui sont soumises au contrôle de l'Etat, comme les mines.

On range aussi bien sous ce nom de véritables ventes de biens domaniaux : ainsi les concessions de lais et relais de la mer ³. Fréquemment le mot concession indique que l'Etat con-

¹ Mêmes formules dans : Blanche, Dictionnaire général d'administration.

² Loi du 8 avril 1898 (C. Rural, livre II, titre du chap. II et art. 44).

³ Art. 41 de la loi du 16 septembre 1807. Ici *concession* est employé par opposition à *vente par adjudication* ; il signifie cession amiable par l'Etat, les aliénations de biens domaniaux devant en principe être faites aux enchères. Pourquoi la loi de 1807 a-t-elle usé du mot *concession* au lieu des mots *vente*

fière des droits réels sur certains biens : c'est en ce sens qu'il est pris dans les expressions : concessions de terrains aux colonies; concessions aux établissements de bienfaisance des biens qui avaient été réunis à l'Etat par la loi du 23 messidor an II; dans ces concessions rentrent encore les affectations domaniales par lesquelles des immeubles, dépendant du domaine de l'Etat, sont livrés à des départements ou communes pour y établir des services publics.

Ainsi le mot concession n'éveille aucune idée précise. Ces actes auxquels on a donné le même nom ne présentent entre eux, semble-t-il, pas la moindre analogie.

Faut-il s'en tenir à cette constatation : est-il vain de rechercher si néanmoins ils ne se relient pas les uns aux autres? s'il n'existe pas dans le Droit administratif un type d'acte qui soit la « concession »?

Quelques tentatives¹ ont été faites pour rattacher toutes les concessions à un trait commun; et la plus remarquable est, sans contredit, celle de M. Jean Guillouard dans sa thèse intitulée : *Notion Juridique des actes d'exécution, des autorisations et des concessions administratives*². Ces efforts n'ont conduit qu'à des critères vagues, insuffisants ou arbitraires.

amiable? « C'est que, dit Batbie (*Traité du Droit public et administratif*, 2^e éd., t. VII, n° 254), le mot *vente* aurait été trop restreint. En effet, l'art. 41 dit que cet abandon aura lieu « aux conditions réglées par le Gouvernement », — or, ces conditions pourraient être tout autres que celles qui constituent le contrat de vente. Ainsi, au lieu d'un prix en argent qui est essentiel à la vente, le gouvernement pourrait imposer d'autres charges qui ne rentreraient pas dans cette espèce d'acte. C'est pour cela que le législateur a employé un mot d'une acception moins restreinte et pouvant se prêter aux combinaisons les plus variées. »

¹ Voy. notamment : Regray, *Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible*, Thèse Paris, 1900, surtout p. 12; voy. aussi Dreyfus, *Etude juridique de la concession de travaux publics*, Thèse Paris, 1896, n° 18.

² Thèse Caen, 1903. — Dans cet ouvrage, fortement inspiré par les doc-

Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'il y a une tendance à donner le nom de concession *par opposition à celui d'autorisation ou de permission*, aux actes de l'administration conférant des situations stables, le nom d'autorisation s'appliquant aux situations essentiellement précaires et révocables. Mais ce n'est là qu'une tendance.

C'est une des infirmités du Droit administratif, due à ses conditions mêmes d'élaboration, que d'avoir une terminologie incertaine.

Le plus qu'on puisse faire, est d'essayer de classer les différentes concessions administratives. A ce point de vue, la classification tripartite du Répertoire Béquet est intéressante et suffisante¹.

trines individualistes, M. Jean Guillaud reprenait la définition donnée de la concession par Batbie au tome VII de son traité de Droit public et administratif, 2^e édition, n° 253 ; ainsi que la distinction exposée par le jurisconsulte italien Raneletti dans sa *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative* (Turin, 1894-1897). Il appelait « autorisations administratives » les actes de l'administration qui apparaissent comme des restitutions faites aux individus de droits que ceux-ci possédaient antérieurement en puissance, mais dont l'exercice leur était interdit dans un but d'utilité publique ; par les « concessions » au contraire, l'administration fait naître dans l'administré des droits dont nul ne pouvait revendiquer, avant l'acte administratif, ni la jouissance ni même la possession en puissance. P. 260 et s., M. Guillaud passe en revue pour les critiquer les différents critères proposés.

¹ M. Monsarrat, *Contrats et Concessions des communes et des établissements de bienfaisance*, n°s 340 et 342, répartit les concessions en deux groupes seulement : 1° « celles qui ne sont en réalité que des cessions consenties à un particulier ou à une collectivité particulière du droit d'utiliser à son profit une partie du domaine public ou privé de la collectivité administrative » ; 2° « les concessions proprement dites », c'est-à-dire, pour cet auteur, les concessions de services publics. Cette classification est moins intéressante que celle de Béquet : la concession de mines n'entre dans aucune des deux catégories.

CHAPITRE PREMIER

La concession mode d'exécution des travaux publics.

SECTION PREMIÈRE

LES PREMIERS TEMPS.

§ 1.

L'Ancien Régime.

I

La concession de travaux publics a des origines anciennes : elle a été largement utilisée sous l'Ancien Régime, et elle présente à cette époque, une physionomie très curieuse.

Il est banal de redire que, sous le régime féodal, l'exercice de l'autorité publique était considéré comme une source de profits pécuniaires pour ses détenteurs. Les services publics rudimentaires qu'organisait le seigneur féodal étaient l'occasion de la perception de taxes sur ceux qui en usaient. Il en était d'autant plus facilement ainsi, en matière de travaux publics, que, de tous temps, avait existé la coutume de lever des péages sur les routes et les ponts, péages destinés en principe à couvrir peu à peu les frais d'aménagement des ouvrages.

Sans doute, reconstituant son autorité, la monarchie, elle, acquit une idée plus exacte de la mission qui incombe aux maîtres du pouvoir : gérer la chose publique non point dans leur intérêt propre, mais dans celui de leurs sujets. En ce qui touche les

travaux publics, la coutume des péages était trop fortement établie et la gêne du Trésor trop fréquente pour que la royauté vînt à songer qu'on pût rompre avec les pratiques anciennes.

Seulement, la levée des péages ne rembourse que très lentement les dépenses d'exécution des ouvrages. Or, le Trésor était souvent incapable de faire l'avance des sommes considérables nécessaires pour les couvrir. D'autre part le crédit public était encore dans l'enfance et il était peu aisé de mobiliser, d'escompter les recettes provenant des péages futurs, pour se procurer les ressources immédiatement nécessaires. En outre l'administration de l'Ancien Régime, du moins jusqu'à l'organisation du corps des Ponts et Chaussées sous la Régence, n'était guère en état de diriger ou même de surveiller de près l'exécution de travaux publics importants. Il faut même ajouter que l'administration avait alors de sérieuses difficultés pour trouver des entrepreneurs. En raison de l'absence d'une réglementation des travaux publics, les entrepreneurs étaient livrés à l'arbitraire des agents de l'Etat, et la juridiction de l'Intendant, compétente comme aujourd'hui les Conseils de Préfecture pour statuer sur les contestations, prononçait sans contrôle.

II

Le système des concessions de travaux publics, inspiré, tout en différant notablement, d'un autre procédé de crédit public, celui des engagements du domaine¹, alors couramment employé, permit de surmonter ces diverses difficultés.

¹ D'Aguesseau, Œuvres, t. VII, p. 278, définit ainsi l'engagement : « La convention par laquelle le roi ou tout autre débiteur abandonne la jouissance d'un de ses domaines pour lui tenir lieu des intérêts de l'argent qu'on lui prête jusqu'à ce qu'il puisse le rendre à son créancier. »

Il se constitua à partir du xvi^e siècle.

Par l'acte qui le liait à l'administration, le concessionnaire s'engageait à construire l'ouvrage public; il recevait pour l'y aider des prérogatives appartenant à l'administration en matière de travaux publics; surtout l'autorité royale déléguait au concessionnaire, en échange de ses dépenses, le droit de lever des péages sur les usagers de l'ouvrage; presque toujours même elle lui cédait la propriété de son œuvre².

Ainsi l'administration était dispensée de réunir des fonds. D'autre part, le concessionnaire étant intéressé à la bonne construction de l'ouvrage qui presque toujours devenait sa propriété, elle n'avait pas à en surveiller l'exécution, ainsi qu'elle y eût été contrainte si elle s'était adressée à un entrepreneur ordinaire travaillant pour elle-même. Enfin les concessionnaires jouissaient de droits mieux garantis que les simples entrepreneurs. Les actes de concession émanaient de l'autorité royale. Préparés par le Conseil d'Etat, ils assuraient aux concessionnaires l'exercice de leurs privilèges, ne fût-ce que par leur constatation dans un acte signé de la main du roi. C'est dans ces chartes qu'on trouve d'ailleurs la véritable législation des travaux publics sous l'Ancien Régime.

III

Les concessions étaient fréquentes et s'appliquaient aux travaux les plus divers.

² On trouve quelques traces de procédés analogues dans l'antiquité; en Grèce, les villes confient déjà certains travaux à l'initiative privée, la rémunération de l'entrepreneur consistant dans un droit à percevoir sur le public; il en est ainsi de la construction des ports, qui est faite par des particuliers auxquels l'Etat abandonne un droit de port. Ce droit fut introduit à Rome sous le nom de portorium. D'ailleurs les Romains avaient également établi

Les principales et les plus connues ont été les concessions de canaux. Dès 1554, Adam de Craponne obtenait la concession du canal qui porte encore aujourd'hui son nom et qui fait communiquer la Durance et le Rhône. En septembre 1638, Mazarin donnait le canal de Briare à concession perpétuelle et à titre de propriété incommutable, à MM. Guyon et Bouthier. Colbert concéda à perpétuité le canal de Beaucaire à Aigues-Mortes (mars 1644) et accorda au duc d'Orléans la concession du canal d'Orléans à Brienne (mars 1679) : le duc se chargeait de l'exécution du canal moyennant une concession perpétuelle, mais les tarifs étaient réglés par le roi. Le canal du Midi a été concédé en fief à Riquet de Bonrepos par un édit promulgué à Saint-Germain-en-Laye, au début d'octobre 1666. On trouve des concessions de canaux accordées en fief jusqu'à la veille de la Révolution³.

Il y eut de nombreuses concessions pour le dessèchement de marais : par un édit du 8 avril 1599, Henri IV concéda aux sieurs Bradley et C^{ie}, l'entreprise générale des dessèchements ; et, par un nouvel édit de janvier 1607, le même roi ordonna le dessèchement des marais dépendant du domaine, « pour, par les entrepreneurs de cette opération ou leurs ayants cause, en jouir, soit noblement en fief et en toute justice, soit à leur gré en censive ou roture ».

Notons la construction par concession d'aqueducs destinés à

de nombreux péages sur les transports, destinés à couvrir les frais de construction et d'entretien des ouvrages ; ils duraient généralement jusqu'à l'amortissement des dépenses, c'étaient donc des concessions temporaires.

³ En décembre 1788, le canal de Givors est « érigé en fief avec toute justice, sous la mouvance immédiate de la couronne et inféodé, fonds, tréfonds à perpétuité aux entrepreneurs dudit canal ».

Parmi les travaux concédés, utiles à la navigation intérieure, on peut rappeler aussi ceux qui furent exécutés sur les rivières de l'Eure (concession d'octobre 1704), de la Dordogne (31 août 1728), de la Loire (23 juillet 1789).

pourvoir les villes des eaux nécessaires à leur consommation ⁴.

Les concessions de ponts à péages, de bacs et passages d'eaux, étaient chose courante.

IV

Il faut reprendre les caractères constitutifs de ces concessions de l'Ancien Régime : en définitive, on peut dire que ce qui faisait alors normalement la concession, c'était : la *construction d'un ouvrage* d'utilité publique par un particulier, le concessionnaire, aux frais et risques de celui-ci, mais avec des prérogatives exorbitantes du droit commun ; en échange, — chose tout à fait remarquable, — *l'attribution de l'ouvrage en pleine propriété*, souvent en fief, au concessionnaire.

A. — Ces aliénations heurtent nos conceptions modernes : aujourd'hui les ponts, les canaux font partie du domaine public, ils ne sauraient être la propriété d'un concessionnaire. Ces aliénations nous surprennent même, si le principe de l'inaliénabilité du Domaine de la Couronne nous revient à la mémoire : la célèbre Ordonnance de Moulins, de février 1566, consacre définitivement cette règle de l'inaliénabilité, qui ne souffre que deux exceptions : 1° celle des constitutions d'apanages ; 2° celle des ventes ou engagements pour subvenir aux nécessités de la guerre, aliénations toujours soumises à la faculté de rachat.

Portalès a donné, à propos du canal du Midi, une première réponse à l'objection qu'éveille le souvenir de l'Ordonnance de Moulins : au moment où l'ouvrage a été concédé, il ne faisait

⁴ Canal de l'Yvette et de la Bièvre pour l'alimentation de Paris (3 novembre 1787). Un édit du 28 août 1786 étendit même le système de la concession à la restauration des Arènes de Nîmes.

pas partie du Domaine de la Couronne pour la simple raison qu'il n'existait pas; « il était à construire, les terres sur lesquelles il devait être ouvert n'étaient point achetées. Il ne s'agissait que d'autoriser l'entreprise. Cette autorisation n'était qu'un acte de juridiction et de police et non l'exercice d'un droit de propriété. *Le canal ne pouvait être domanial avant d'exister, à moins que la tête de Riquet ne fût elle-même devenue domaniale.* Un canal qui n'était qu'un projet dans cette tête n'avait pu contracter aucun caractère de domanialité ». Cette argumentation peut s'appliquer à tous les ouvrages concédés en pleine propriété, lorsque ceux-ci n'existent qu'à l'état absolument pur de projet au moment de la concession.

Seulement, les édits de concession portent souvent que les ouvrages concédés sont « adjugés, vendus, donnés, aliénés ». L'argument de Portalis ne peut donc pas toujours s'appliquer. Il faut alors se rappeler diverses particularités de notre Ancien Droit concernant la nomenclature des dépendances du Domaine de la Couronne : grâce à ces particularités, l'Ordonnance de Moulins n'a plus lieu de nous inquiéter.

L'Ordonnance des Eaux et Forêts d'août 1669 ne considérait comme dépendant du Domaine que les rivières naturellement navigables « sans artifices et ouvrages de mains » : les canaux n'ont donc jamais été considérés comme faisant partie du Domaine, et c'est pourquoi les canaux de navigation ne figurent pas nommément dans l'énumération des choses dépendant du Domaine, donnée par la loi du 22 novembre-1^{er} décembre 1790 et par l'article 538 du Code Civil.

D'autre part, à côté des deux exceptions au principe de l'inaliénabilité consacrées par l'Ordonnance de 1566, un tempérament notable avait été apporté à la règle par un édit du même mois rendu pareillement à Moulins. Le roi, prenant en considération la nécessité de mettre en culture les terres vaines et

vagues, prés, palus et marais vacants, appartenant au Domaine, décide qu'il en sera fait aliénation à perpétuité, sans que ces aliénations puissent par la suite être révoquées pour quelque cause que ce soit. Cet édit est l'origine de la distinction du petit et du grand domaines, distinction mal définie, et qui a fourni souvent, par la suite, le moyen d'éluder la règle de l'inaliénabilité. L'expression, depuis consacrée, de « petit domaine », apparaît pour la première fois dans un règlement du 8 avril 1672; on la retrouve dans un édit de 1708; d'après ces deux textes, rapprochés des édits du 15 décembre 1693, de mars 1695 et de 1702, on peut établir quelle était la composition respective des grand et petit domaines. Dans celui-ci on trouve : les palus, marais, étangs, bacs, bateaux, coches, péages, passages, ponts. Enfin l'édit d'août 1717 étendit l'aliénabilité, du cas de guerre à celui de nécessité financière. Il semble même que la qualité de petit domaine est désormais attachée, non à la nature des biens, mais à leur superficie.

Enfin les prescriptions de l'Edit de Moulins ne pouvaient faire obstacle à l'attribution *en fief* de certaines portions du Domaine. En effet, le fief n'était, en principe, « qu'une concession de chose immobilière ou réputée telle avec translation de domaine utile, en retenant la propriété directe, à charge de fidélité et de service » ⁵.

Il faut remarquer qu'en ce qui concerne le concessionnaire, la concession en fief ne lui conférait pas, pratiquement, une condition différente de celle d'un propriétaire du Droit moderne : à l'époque où nous sommes, toute l'essence du fief ne se trouvait plus que dans les devoirs de fidélité envers le seigneur : *feudi substantia in sola fide subsistit*.

Ainsi, la règle de l'inaliénabilité, posée par la *sacro sancta lex*

⁵ Dumoulin, Nouveau Répertoire de Jurisprudence, V^o Fief.

de d'Argentré⁶, pouvait être aisément tournée, et des concessions en pleine propriété faites sans difficulté.

Pourtant, en 1829-1844, l'administration des Domaines a discuté le caractère de propriété privée perpétuelle et incommutable du canal du Midi⁷.

La Régie alléguait que le canal n'avait été concédé à Riquet qu'à titre d'engagement, donc comme bien du Domaine inaliénable.

Cette prétention était contredite par plusieurs des idées qui viennent d'être exposées et par les termes précis des actes de concession⁸. Elle a été repoussée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 22 avril 1844 (S. 1844.1.406; P. 1844.1.628), confirmant un arrêt de la Cour de Toulouse du 4 juillet 1843. Cette décision consacrait la nature de la propriété du canal du Midi : celui-ci était bien « une propriété privée, non domaniale ni sujette à rachat, mais au contraire incommutable ».

B. — Le droit de propriété est un droit extrêmement fort.

⁶ Coutume de Bretagne, art. 266, chap. XIX, n° 6.

⁷ Elle a plaidé qu'à ce canal pouvait être fait application de la loi du 14 ventôse an VII qui donnait à l'Etat le droit de revendiquer tous les domaines faisant partie du Domaine de la Couronne qui avaient été aliénés avec ou sans clause de retour par l'ancien gouvernement et depuis l'édit de 1566.

⁸ L'édit d'octobre 1666 dispose que le canal est érigé « en plein fief » avec toute justice, ledit fief relevant immédiatement de la Couronne sous la foi et hommage d'un louis d'or, avec pouvoir au seigneur de faire bâtir châteaux, moulins, maisons et magasins dont il jouirait à *perpétuité, noblement et incommutablement*. L'arrêt du Conseil du 7 octobre 1666 dit de même que « les adjudicataires desdits fief et péage... en jouiront *en toute propriété pleinement et incommutablement* sans qu'ils puissent être censés, ni réputés domaniaux, ni sujets à rachat, ou qu'ils puissent être dépossédés à l'avenir par vente, revente ni autrement ».

Voy. Tassot, Le rachat du Canal du Midi, Thèse Toulouse, 1913, p. 40 et s. — De nombreux arrêts rendus sous l'Ancien Régime ont par la suite qualifié les héritiers Riquet de « propriétaires » (Voy. Tassot, p. 49 à 51). L'arrêt du Conseil du 26 septembre 1684 qui fixait le tarif des droits à percevoir avait été rendu « du consentement du sieur Riquet de Bonrepos ».

Parmi les éléments constitutifs de la concession, le droit de propriété du concessionnaire donne une place dominante à cet élément des concessions de l'Ancien Régime qu'est l'aliénation de l'ouvrage au profit du concessionnaire. L'élément d'exécution d'un travail public, sans lequel la concession ne serait pas puisqu'il est celui qui répond au but même de la combinaison, s'estompe par la vertu de la puissance du droit de propriété⁹, et la concession de notre Ancien Droit est bien près d'apparaître comme une vraie *cession*.

La source de cet état de choses réside dans les incertitudes de la théorie du Domaine de la Couronne, qui permettait toutes les entorses au principe de l'inaliénabilité. Si, par la suite, la concession a perdu cette physionomie qui vient d'être décrite, c'est grâce à la formation progressive d'une théorie solide du Domaine public : en particulier, grâce à la disparition des incertitudes sur la consistance du Domaine inaliénable.

§ 2.

Les premières années du XIX^e siècle.

L'évolution de la notion de concession va donc pendant de longues années après la disparition de l'Ancien Régime être influencée par celle des idées touchant le Domaine. A mesure que celles-ci se préciseront, on en apercevra les réactions sur

⁹ La formule de l'édit pour la construction du Canal du Loing, concédé au duc d'Orléans, est très curieuse à cet égard. Après avoir conféré au concessionnaire la propriété perpétuelle et irrévocable du canal à construire, l'édit déclare : « Voulons et nous plaît que la dépense de cette entreprise tienne lieu de suffisante finance et prix d'aliénation incommutable. » Ainsi ce n'est pas ici l'aliénation, la cession de l'ouvrage, qui est le prix de sa construction ; c'est la construction de l'ouvrage qui est le prix de l'aliénation.

la concession. On verra l'administration substituer la pratique des concessions temporaires, et même rachetables en cours de contrat, à celle des concessions perpétuelles; on constatera les efforts très curieux de la jurisprudence pour accommoder aux solutions désormais admises concernant le Domaine public, les antiques concessions faites à perpétuité et en pleine propriété; on assistera enfin au rachat des concessions perpétuelles.

Il ne faut pas chercher dans le Code Civil une théorie du Domaine public. La distinction du Domaine public et du Domaine privé aliénable, le critérium de la domanialité publique et la connaissance précise de la consistance du Domaine public ne se sont dégagés que lentement¹⁰. Aussi les premières concessions qui furent attribuées au XIX^e siècle, participèrent au caractère des concessions de l'Ancien Régime: elles se modelèrent sur celles qui, tout en perdant leur forme féodale, avaient survécu à la Révolution. A la lecture d'un très vieil auteur de Droit administratif, Bonnin, dont la 3^e édition des Principes d'administration est de 1812, on a nettement l'impression que les concessions continuent à être généralement considérées comme des *aliénations*: Bonnin les qualifie de « cessions » en plusieurs endroits¹¹; exposant les avantages que présente l'emprunt sur la concession, il écrit: « Par l'emprunt l'emprunteur grève pour un tems son revenu, mais il ne cède pas la propriété..... »¹²; Bonnin mêle dans un même développement, comme des insti-

¹⁰ Par exemple, Bonnin, Principes d'administration, 3^e éd., 1812, t. I, p. 450, range sous le même nom de « propriété publique » ou de « domaine public » à la fois les biens que nous plaçons dans le domaine privé des collectivités publiques (forêts, etc...) et ceux que nous rangeons dans leur domaine public. C'est dans Cormenin (dont la 4^e édition des Questions de Droit administratif est de 1837) que commence à apparaître nettement la distinction.

¹¹ Tome II, p. 24-25, 28.

¹² P. 28.

tutions très voisines, la concession, la « vente du domaine public ou communal » (*sic*) et l'échange¹³.

Bonnin écrivait en 1812. Quelque vingt ans plus tard, des concessions étaient encore faites en pleine propriété ou à perpétuité, ce caractère de perpétuité étant d'ailleurs entendu comme conférant au concessionnaire la qualité de propriétaire¹⁴.

Le Canal du Centre et celui de Saint-Quentin ont été concédés à perpétuité par une loi des 29 mai-5 juin 1827. Les premières concessions de chemins de fer ont été réalisées dans les mêmes conditions : ce sont celles des chemins de Saint-Etienne à la Loire (1823), de Saint-Etienne à Lyon (1826), d'Andrézieux à Roanne (1828), d'Epinac au Canal de Bourgogne (7 avril 1830), d'Alais à Beaucaire (1833). Dans la concession du chemin de fer d'Epinac au Canal de Bourgogne, les concessionnaires sont expressément qualifiés de « propriétaires ».

Quand on commença à donner des concessions temporaires, l'administration laissa encore glisser dans quelques articles des cahiers des charges des dispositions où il était fait allusion aux droits de propriété de la Compagnie. Ainsi l'article relatif aux droits de l'Etat et de la Compagnie à l'expiration de la concession a été jusqu'en 1847 conçu en ces termes : « A l'époque

¹³ Au livre VII (« Des travaux publics »), chapitre II (« De l'administration des travaux publics »), on trouve une section première intitulée : « De l'acquisition, de l'échange et de la concession » (p. 32) ; et on lit : « Aucune vente du domaine public ou communal, aucune acquisition du domaine particulier (c'est-à-dire, pour Bonnin, de la propriété des particuliers), aucune concession, aucun échange pour cause de travaux publics ne peuvent être faits sans une loi spéciale... » (p. 32-33). Voy. aussi p. 34.

¹⁴ Cotelie, I, p. 376, n° 740. Dans le même sens, II, p. 495, n° 905 : « Les compagnies sont ou exécutantes ou seulement fermières. Les travaux des compagnies exécutantes leur sont concédés à perpétuité ou à temps limité quant à la jouissance de leurs tarifs de péage. Elles sont réputées propriétaires dans le premier cas. »

fixée pour l'expiration de la concession et par le seul fait de cette expiration, le gouvernement sera subrogé à tous les droits de la Compagnie dans la *propriété* des terrains et des ouvrages désignés au plan cadastral mentionné dans l'article 26..... »¹⁵.

Mais la loi du 15 juillet 1845, par son article premier, classa les chemins de fer dans la grande voirie, et l'Ordonnance du 15 novembre 1846 était accompagnée d'un rapport qui proclamait la domanialité publique des chemins de fer.

Dès lors, on ne pouvait plus songer à reconnaître un droit de propriété aux compagnies concessionnaires.

Dans le cahier des charges dressé pour la concession du chemin de fer de l'Ouest et annexé à la loi du 13 mai 1851, la rédaction de l'article visant les droits de l'Etat et de la compagnie à l'expiration de la concession, se trouve, pour la première fois, remanié de telle façon que les mots : « droits de la compagnie dans la propriété des terrains et des ouvrages » en disparaissent.

De son côté, le Conseil d'Etat, se fondant sur la loi de 1845, décide que les chemins de fer concédés n'appartiennent pas aux compagnies concessionnaires; et que, par suite, ces compagnies ne sauraient être soumises à la taxe représentative des droits de transmission entre vifs et par décès créée par la loi du 20 février 1849. (C. d'Et. 8 février 1851, chemins de fer du Centre¹⁶.)

¹⁵ Diverses lois rendues à la même époque semblent également admettre qu'une hypothèque peut être prise en vue de garantir les droits des créanciers de la compagnie sur le chemin de fer d'abord et en outre sur le matériel affecté à l'exploitation qui est considéré comme immeuble par destination. Cette disposition se rencontre notamment dans les articles 11 et 20 de la loi du 15 juillet 1840 qui autorise des prêts par l'Etat à la Compagnie du Chemin de fer de Strasbourg à Bâle et à celle du Chemin de fer d'Andrézieux à Roanne; ainsi que dans les articles 3 et 5 de la loi du 9 août 1847 qui autorisait un prêt fait par l'Etat à la Compagnie du Chemin de fer de Montereau à Troyes.

¹⁶ Suivi de nombreux arrêts rendus dans le même sens.

Longtemps avant, Gerando¹⁷ avait déjà prononcé, en traitant de la concession de chemin de fer, que celle-ci n'entraîne que « l'occupation des terrains qu'elle exige »¹⁸.

Et il en est, vers la même époque, des autres travaux publics concédés, comme des chemins de fer : plus de concessions de travaux publics faites en pleine propriété : la concession temporaire devient la règle.

La rémunération que reçoit le concessionnaire pour la construction de l'ouvrage, n'est donc plus la propriété de cet ouvrage, parce que celui-ci est normalement une dépendance du Domaine public.

La rémunération du concessionnaire consiste maintenant dans un simple droit de jouissance de l'ouvrage, lequel se concrétise généralement dans le droit qui est délégué au concessionnaire de lever des péages sur les usagers, ce droit impliquant pour le concessionnaire un droit privatif sur son œuvre : celui-ci n'est même plus alors analysé que comme un droit mobilier, car il est le droit de percevoir des taxes ou d'autres profits pécuniaires, et il emprunte sa nature à celle de ces taxes ou autres profits¹⁹.

Ainsi l'élément *rémunération* de la concession s'est transformé. Cette transformation l'a fait passer au deuxième rang parmi les éléments constitutifs de la concession. Au rang qu'il lui avait comme usurpé, passe l'élément essentiel de la concession de travaux publics : l'exécution d'un travail public, jusqu'alors demeuré effacé. La concession n'apparaît plus comme une sorte de cession. Sa physionomie de mode d'exécution des

¹⁷ De Gérando, *Institutes de Droit administratif français*, ou éléments du Code administratif, 3 vol., Paris, 1829-1830.

¹⁸ Tome III, §§ DCXIX-DCXXI, p. 15-16.

¹⁹ Aucoc, 2^e éd., t. III, n^{os} 1310 et s.; Cass. 15 mai 1861, S. 1861.1.888. — P. 1861.1.911; Berthélémy, *Traité*, 11^e éd., p. 489 et n. 2.

travaux publics n'est plus obscurcie. La concession prend nettement cette physionomie qu'elle a gardée si longtemps et sous laquelle l'ont connue les juristes formés à l'école du siècle dernier, celle qu'on peut nommer sa physionomie traditionnelle.

En face des vieilles concessions perpétuelles en pleine propriété, la jurisprudence prend une attitude paradoxale.

Cette attitude a eu l'occasion de se révéler à propos des concessions perpétuelles de canaux : les tribunaux proclament en même temps, que l'ouvrage « constitue entre les mains de ses concessionnaires une propriété privée »²⁰ et qu'« il n'en demeure pas moins une dépendance du domaine public ».

Cette doctrine, « singulièrement équivoque », est inaugurée très tôt par le Conseil d'Etat²¹. La Cour de Cassation l'admet à son tour²², après avoir pendant quelque temps considéré les canaux concédés à perpétuité comme des propriétés privées grevées de la servitude perpétuelle de rester en cet état et de livrer passage à tous ceux qui l'exigent régulièrement²³.

²⁰ Cass. req. 5 mars 1829, Fildier c. concessionnaires du Canal de Briare, S. 1829.1.254, D. 1829.1.169; Cass. civ. 22 août 1837, d'Harcourt, D. 1837.1.449, S. 1837.1.852; Cass. req. 22 avril 1844, Canal du Midi, S. 1844.1.406; C. d'Et. 30 déc. 1858, Canal de Givors, Leb. 787. Conclusions de M. le commissaire du gouvernement Baroche (« Les concessionnaires ont la propriété incommutable et complète du canal »); 10 avril 1860, Canal du Midi, Leb. 292; 19 mai 1864, Canal du Lez, Leb. 479; 21 juillet 1870, Ville de Châlons, Leb. 938; Cass. req. 7 novembre 1865, Chem. de fer du Midi c. Comp. des Salins de Bagnas, S. 1866.1.57; D. 1866.1.254; 11 nov. 1867, Duc, S. 1868.1.17, D. 1868.1.425.

²¹ C. d'Et. sur Confl. 27 avril 1826, Berlier, Leb. 227; C. d'Et. 25 juillet 1834, Canal d'Aire à la Bassée, Leb. 482; dans le même sens, 22 mars 1851, Comp. des canaux d'Orléans et du Loing, S. 1851.2.450.

²² Cass. civ. 22 août 1837, précité; req. 7 nov. 1865, précité; req. 8 nov. 1909, Vergnes, Verdet et autres, S. 1912.1.521. Note de M. Mestre; dans le même sens et les précédant tous : Trib. civ. de Saint-Etienne 14 déc. 1826 et Cour de Lyon 10 fév. 1831, Comp. du Canal de Givors, sous Cass. 29 fév. 1832, S. 1832.1.521.

²³ Cass. req. 5 mars 1829, précité. La Cour de Cassation paraît être quel-

Comment admettre la coexistence dans la même chose, de ces deux inconciliables : la propriété privée, la domanialité publique? Dans une note sous un arrêt de la Cour de Cassation du 8 novembre 1909, S. 1912.1.521, M. Mestre pense résoudre la difficulté en analysant mieux la nature du droit du concessionnaire sur l'ouvrage concédé à perpétuité. Pour M. Hauriou, le droit du concessionnaire sur la concession n'est pas, comme on l'a soutenu jusqu'ici, un droit mobilier : c'est un droit réel, mais d'une nature spéciale, un droit réel « administratif »²⁴. Pour M. Mestre, le droit de propriété du concessionnaire perpétuel n'est pas le droit de propriété du Droit civil, c'est un droit de propriété de nature administrative, « un droit réel de nature administrative », lui aussi, et ce droit, dit M. Mestre, est parfaitement conciliable avec la domanialité publique de l'ouvrage. Cela conduirait même indirectement à dire qu'il n'y a pas de différence intrinsèque entre le droit des concessionnaires de l'Ancien Régime sur l'ouvrage et le droit purement temporaire des concessionnaires d'aujourd'hui.

Ce serait sortir du cadre de ces développements consacrés à la notion de concession que de rechercher ici le bien-fondé de la théorie des droits réels administratifs²⁵.

Quoi qu'on pense de cette théorie, nous ne voyons, quant à nous, dans la jurisprudence que nous rappelons, que le simple produit de l'effort fait par les juges pour appliquer les solutions nouvellement acquises dans la théorie en formation du Do-

quefois par la suite revenue à cette jurisprudence : 22 avril 1844 et 11 nov. 1867, précités ; mais ces décisions ont été inspirées par des circonstances particulières et, d'autre part, elles doivent être envisagées plus dans leur esprit que dans leurs termes.

²⁴ Note sous C. d'Et. 25 mai 1906, Ministre du Com., S. 1908.3.65.

²⁵ Voy. Rigaud, Les droits réels administratifs, thèse Toulouse, 1914. Voy. une critique de cette théorie dans : Trotabas, De l'utilisation du Domaine public par les particuliers, thèse Paris, 1924, p. 91.

maine public (ici, une solution concernant la consistance du Domaine), aux vieilles concessions nées en un temps où dominaient des vues différentes ²⁶.

SECTION II

LA CONCESSION DE TRAVAUX PUBLICS TRADITIONNELLE.

§ 1.

Observations générales.

Un auteur qui écrivait en 1834, Delalleau ²⁷, dont Christophle et Auger disent qu'il est encore cité « pour la rectitude de sa doctrine » ²⁸, définit la concession : « un contrat par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers l'administration à faire exécuter à leurs frais, risques et périls, un travail d'utilité publique moyennant la jouissance d'un péage ou d'autres avantages ²⁹ stipulés dans l'acte de concession » ³⁰.

²⁶ De nombreux auteurs reconnaissent aux canaux concédés à perpétuité le caractère étrange que la jurisprudence leur attribuait : tels Merlin, Répertoire, V^o Canal; Daviel, Cours d'eau, t. I, n^o 33; Proudhon, Traité du Domaine public, t. III, n^o 797 : « Ces concessions se rapportent plutôt à la possession et à la puissance de l'octroi de navigation qu'à l'aliénation du canal lui-même. »

²⁷ Des droits et des obligations des concessionnaires de travaux publics. Rev. de législation et de jurisprudence (Wolowski), t. I, 1834-1835, p. 183.

²⁸ Christophle et Auger, Traité des travaux publics, 2^e éd., n^o 1450 bis.

²⁹ Un traité de distribution d'eau ne conférant pas à l'entrepreneur le droit de percevoir un tarif sur le public et le rémunérant par des annuités payées par la ville, n'en est pas moins une concession de travaux publics (C. d'Et. 8 février 1878, Pasquet, Leb. 117, réformant arrêté C. de Préf. du Cher, 14 juillet 1876, Jurisprud. des C. de Préf. 1876.299, avec en note la consultation de M. Barry).

³⁰ Le grand Répertoire Dalloz (V^o Concession administrative, t. XII, 1851)

C'est la définition de la concession de travaux publics traditionnelle. Elle a été répétée avec quelques différences de forme par toute la doctrine du XIX^e siècle³¹.

Elle détache les trois traits qui seront ceux de la concession jusqu'à la fin de ce siècle : exécution d'un travail public ; droit de jouissance de l'ouvrage, à titre de rémunération ; caractère aléatoire de l'entreprise.

L'élément fondamental de la concession est et demeurera jusqu'à la fin du XIX^e siècle, l'exécution d'un travail public.

L'expression « concession de travaux publics », elle-même, seule en usage d'ailleurs, est caractéristique. — La concession est toujours étudiée parmi les modes d'exécution des travaux publics.

Dès le milieu du XIX^e siècle, les concessions de chemins de

s'exprime de même ainsi : « 99 : Comme mode d'exécution de travaux publics, la concession est un contrat de nature spéciale par lequel un particulier ou une compagnie s'engage envers l'Etat à faire exécuter certains ouvrages à ses frais, risques et périls, moyennant la jouissance d'un péage ou d'autres avantages stipulés dans l'acte de concession. »

Pour Dufour, t. VII, n° 163 : « L'effet des concessions est de soumettre un seul particulier ou une association à l'obligation de construire et d'entretenir à ses frais, risques et périls, un ouvrage d'utilité publique, moyennant l'abandon, pour un temps déterminé, de l'exercice de droits, qui ont le plus ordinairement pour objet la perception d'un péage. »

³¹ Cotellet, Cours de Droit administratif appliqué aux travaux publics (3^e éd., 1859-1862), t. II, p. 490 ; Christophle, Traité des travaux publics, 1^{re} éd., 1862, n° 653 et 655 ; — Christophle et Auger (2^e éd., 1889-1890), n° 1459 bis ; — Aucoc, Conférences (1^{re} éd., 1869-1876), n° 589 ; (3^e éd., 1885-1886), n° 615 ; — Gautier, Précis des matières administratives (1879-1880), t. I, p. 403 et 405 ; — Perriquet, Traité des travaux publics (1883), t. II, p. 3 ; — Bathie, Traité de Droit public et admin., 2^e éd., t. VIII (1885), n° 256 ; — Picard, Traité des Chemins de fer (1887), t. II, p. 115 ; — Hauriou, Précis de Droit administratif, 2^e éd., 1893, n° 494 : « La concession de travaux publics est un contrat par lequel un entrepreneur s'engage envers une personne administrative à exécuter un travail public, moyennant la concession de l'exercice d'un droit de puissance publique qui est généralement le droit de lever une taxe. » Laferrière, Traité de la juridiction administrative, 2^e éd. (1896), t. II, p. 122.

fer se multiplient. Elles donnent lieu à une législation abondante, toujours plus ample, à des conventions nombreuses, à des études de plus en plus approfondies : la concession de chemin de fer devient la concession-type.

Dans les concessions de canaux et de ponts, le rôle du concessionnaire se borne à établir et à entretenir l'ouvrage, ainsi qu'à lever les taxes prévues; on ne peut pas dire sérieusement que, pour se rémunérer de ses frais, le concessionnaire « exploite » l'ouvrage. Il en va différemment des concessions de chemins de fer : il n'y a pas ici perception possible de péages, jouissance possible de l'ouvrage, sans une exploitation de celui-ci, sans l'organisation d'un service d'exploitation ³².

Instinctivement, les auteurs ont reconnu que la rémunération du concessionnaire consistait dans son droit d'« exploiter » l'ouvrage ³³, de jouir du service d'exploitation.

Bien plus, les contrats de concession firent de l'exploitation du chemin de fer une obligation pour le concessionnaire, au

³² L'exemple des anciennes concessions de ponts et de canaux pesait pourtant tellement sur l'esprit des juristes que, lorsque fonctionnèrent les premières concessions de chemins de fer, l'organisation du service d'exploitation fut regardée comme une « spéculation » nettement distincte, indépendante, de l'activité normale du concessionnaire; on lit dans l'article de Delalleau : « Il arrive même quelquefois que les travaux concédés ne procurent des bénéfices aux compagnies qu'en y joignant d'autres spéculations auxquelles le gouvernement ne pourrait se livrer. C'est ainsi que les concessionnaires des chemins de fer y organisent des moyens de transport dont le public s'empresse de profiter; mais on sent facilement que le gouvernement ne pourrait se constituer entrepreneur de voitures publiques. » La fin de ce passage ne manque pas non plus d'intérêt.

³³ Déjà Aucoc, dans la 1^{re} éd. de ses Conférences, sous le titre Des concessions de chemins de fer, déclare : Le concessionnaire « s'oblige... à exploiter ce chemin » (t. III, p. 326, n° 1237); en ce qui concerne les concessions de travaux publics en général, comp. la déf. de la 1^{re} éd., t. II, p. 238, n° 682, et celle de la 2^e (t. II, p. 423, n° 707) singulièrement évoluée. Cf. également les déf. données de la concession par Batbie, Laferrière, Blanche, et M. Colson, Abrégé de la Législation des chemins de fer et tramways, p. 24.

même titre que la construction de la ligne et ils imposèrent aux compagnies toute une série de règles pour cette exploitation. Ces règles soumirent l'exploitation des chemins de fer, considérés à l'origine comme une entreprise de nature privée, aux principes qui caractérisent les services publics : principes de la continuité (art. 40 du cahier des charges de 1858), de la régularité, de l'égalité des usagers (art. 48 et 49).

Cela n'avait pas échappé à Dufour : « Le contrat de concession (de chemin de fer), écrivait-il, a un double objet : il pourvoit d'abord à la construction du chemin et il constitue une entreprise de travaux publics ; il pourvoit, en second lieu, à l'exploitation du chemin et il constitue une entreprise de service public »³⁴. Mais pour peu qu'on parcoure quelques autres passages du même auteur, on se rend compte que celui-ci ne fait pas du tout de la gestion du service public l'obligation essentielle du concessionnaire, le but et l'élément fondamental de la concession. Bien au contraire, il la représente toujours et surtout comme le moyen pour le concessionnaire de percevoir les péages, de jouir de l'ouvrage³⁵.

D'ailleurs le double caractère que Dufour reconnaît à la concession de chemin de fer, n'a été dégagé que très lentement par la majorité de la doctrine du XIX^e siècle, et toujours l'exploitation du service public a été regardée par elle moins comme une obligation que comme un droit. Bien qu'une évolution se dessine, les auteurs du siècle dernier restent donc fidèles à la notion de concession, telle qu'elle s'exprime dans la définition de Delalleau. Pour eux, ce que l'administration cherche dans la con-

³⁴ Traité, tome III, p. 255 ; voy. égal. p. 204 (n° 227 *in fine*) et 214 ; comp. tome IV, p. 293 (n° 291). — Dans le même sens, Aucoc (1^{re} éd.), tome III, p. 327 (n° 1240).

³⁵ Tome III, n° 193 *in fine*. Comp. t. IV, n° 291 ; t. VII, n° 278, 280, 289.

cession, c'est bien la construction d'un ouvrage par un entrepreneur qui reçoit à titre de rémunération le droit de jouir de cet ouvrage; le but de la concession, c'est l'exécution d'un travail public qui est payée au moyen de recettes futures. La concession est une opération de travaux publics à laquelle se mêle une opération de crédit public; le concessionnaire, comme l'a dit le Commissaire du Gouvernement Marguerie, est « l'entrepreneur et le banquier de l'administration »³⁶. Il est un entrepreneur de travaux publics qui ne se distingue, en fin de compte, de ceux qui sont liés avec l'administration par un simple marché de travaux publics, que par son genre de rémunération : au lieu de recevoir une somme fixe, après le versement de laquelle tout lien disparaît entre lui et l'administration, il acquiert le droit de lever des péages sur les usagers de l'ouvrage, c'est-à-dire pratiquement le droit d'exploiter un service public. Mais si le système conduit à la gestion d'un service public par un particulier, il n'y conduit qu'indirectement : c'est un effet secondaire de la concession : celui-ci ne provient que du mode spécial de rémunération de l'entrepreneur³⁷.

³⁶ Concl. s. C. d'Et. 15 juillet 1881, Syndic de la faillite de la Compagnie d'Orléans à Rouen, c. Département d'Eure-et-Loir, Leb. 701, D. 1882.3.117.

³⁷ Christophle (1^{re} éd., 1862), t. II, n° 445 : « Le contrat de concession a la plus grande analogie avec le contrat d'entreprise. L'un et l'autre ont pour objet l'exécution des travaux publics. Les conditions seules diffèrent, en ce que le prix de l'adjudication consiste en une somme fixe une fois payée, tandis que le concessionnaire trouve le remboursement de ses avances dans la perception d'un péage temporaire. Mais, ainsi que l'a fait observer justement M. Serrigny, « cette différence dans le mode de paiement n'en produit aucune dans la nature des ouvrages entrepris et dans celle du contrat passé entre l'administration et les concessionnaires ». (De la Compétence, t. I, p. 575; Dufour, t. VII, n° 289.) — Le Conseil d'Etat a de même proclamé à plusieurs reprises que « les compagnies qui se chargent de la construction d'un travail d'utilité publique moyennant le droit de percevoir un péage sont de véritables entrepreneurs de travaux publics ». (C. d'Et. 24 juin 1840, Hindenlang, Leb. 176.)

Hauriou, Précis, 2^e éd., 1893 : « Ce qui caractérise cette concession, c'est

La mise à la charge du concessionnaire des risques de l'entreprise était assez naturelle dans les concessions de l'Ancien Régime, vraies cessions, pour qu'on n'eût pas à y insister. On doit faire mieux ressortir maintenant cet élément. Il distingue la concession de travaux publics d'un autre mode d'exécution des travaux publics : la régie intéressée. Dans ce dernier système, le régisseur jouit de l'ouvrage pour le compte de l'administration et sous sa direction : il est comptable vis-à-vis d'elle des résultats financiers de son entreprise et ne conserve du produit de celle-ci que le montant de l'intérêt de son capital et de ses dépenses, augmenté d'une prime ; le surplus revient à l'administration ; le régisseur n'a donc qu'un aléa de gains limité ; mais il n'a pas d'aléa de pertes.

§ 2.

La concession de travaux publics et la notion de travail public.

L'exécution d'un travail public étant le premier élément de la concession, il ne pourra être question de concession que dans le cas où il y aura un « travail public » à accomplir ; à l'inverse, on parlera de concession de travaux publics dans toutes les hypothèses où, un travail public devant être effectué, on

donc que la rémunération de l'entrepreneur est obtenue, non pas par le paiement d'une somme d'argent, mais par la concession de l'exercice d'un droit de puissance publique qui sera fructueux entre ses mains, c'est-à-dire que pour épargner ses finances la personne administrative bat monnaie avec ses droits de puissance publique. »

aura choisi à cet effet une combinaison réunissant les caractères de la concession.

Le champ d'application de la concession de travaux publics aura donc les mêmes frontières que la notion de travail public et suivra les variations de cette notion.

Le travail public peut être aujourd'hui défini : toute opération de construction, d'entretien ou de réparation d'un immeuble, effectuée pour le compte d'une personne morale administrative, dans un but d'utilité générale.

La première partie de cette formule : « toute opération de construction, d'entretien ou de réparation d'un immeuble », est acquise depuis toujours ³⁸.

Les deux autres éléments de la définition sont au contraire, l'un et l'autre, le résultat de deux mouvements d'évolution, d'importance d'ailleurs inégale : il n'a pas toujours été admis que les travaux de toute personne morale administrative fussent des travaux publics ; on a hésité beaucoup plus encore, au cours du XIX^e siècle, sur le choix des conditions auxquelles les travaux accomplis sur un immeuble, pour le compte d'une personne publique, sont des travaux publics.

**

Longtemps les esprits ont répugné à admettre que les communes eussent une « personnalité de puissance publique » ³⁹ ; on les considérait comme des communautés n'ayant que des intérêts privés et dès lors soumises au droit commun des contrats. C'est peut-être en matière de travaux communaux, que

³⁸ Voy. toutefois ce qui sera dit plus loin à propos des marchés pour l'entreprise de l'entretien des détenus dans les prisons.

³⁹ Hauriou, note au S. chr. 1891.3.189.

cette doctrine a subi la première atteinte grave qui lui ait été portée. Néanmoins la question de savoir si les travaux exécutés par les communes ont le caractère de travaux publics, a fait, pendant de longues années, l'objet d'une importante controverse qui a provoqué plusieurs revirements brusques de jurisprudence.

Jusqu'en 1815, le Conseil d'Etat avait reconnu aux travaux des communes le caractère de travaux publics ⁴⁰.

A partir de 1815, la haute juridiction prend une direction absolument opposée et laisse à l'autorité judiciaire la connaissance de toutes les difficultés relatives aux travaux des communes, quel qu'en soit l'objet ⁴¹. En 1823, nouvelle orientation : un système intermédiaire est adopté : on distingue suivant le mode employé pour l'adjudication des travaux à l'occasion desquels le débat s'élève : lorsque l'adjudication a eu lieu publiquement, suivant les formes prescrites pour les travaux de l'Etat ou des départements, on attribue le caractère de travaux publics aux travaux des communes ⁴². Le fondement de cette distinction n'était pas solide : la forme du marché ne peut avoir aucune influence sur le caractère des travaux : celui-ci ne peut résulter que de leur but, de leur destination. Toutefois, le Conseil d'Etat ne céda qu'avec hésitation. De temps en temps on le voyait revenir au système précédent ⁴³. Ce n'est qu'en 1843 qu'ap-

⁴⁰ 24 juillet 1806, Daussy, Rép. D., V° Travaux publics, n° 1266 ; — 7 fév. 1809, Ville de Marseille, Dev. et Car. 2.17 ; — 17 déc. 1809, Millin, Dev. et Car. 2.175 ; — 12 mars 1811, Vernier, Dev. et Car. 2.444.

⁴¹ 6 nov. 1817, Ville de Gray, Dev. et Car. 2.329 ; 29 août 1821, Ville de Poitiers, Leb. 321 ; 17 avril 1822, Commune d'Anglès, Leb. 344.

⁴² C. d'Et. 24 décembre 1823, Jullien, Leb. 864 ; 24 mars 1824, Ville d'Argentan, Leb. 183 ; 13 juillet 1825, Commune de Coges, Leb. 412 ; 7 déc. 1825, Pierron, Leb. 720 ; 16 fév. 1826, Meilhon, Leb. 67 ; 9 juin 1828, Péraldi, Leb. 510 ; 12 avril 1829, Bezix, Leb. 141 ; 2 sept. 1829, Ville de Dunkerque, Leb. 376 ; 16 déc. 1830, Souchon, Leb. 553.

⁴³ C. d'Et. 31 déc. 1831, Bénard, Leb. 493 ; 16 nov. 1835, Commune d'Eloyes, Leb. 634.

paraît le principe qui triomphe définitivement : les travaux communaux sont des travaux publics dans les mêmes conditions que ceux des autres personnes publiques. (C. d'Et. 30 sept. 1843, Nicod. Leb. 639.) Le Tribunal des Conflits de 1850-1852 s'est prononcé dans le même sens (24 avril 1850, Roger; 19 juin 1850, Baudry; 18 nov. 1850, Mazet; 10 janvier 1851, Bergadien). La Cour de Cassation s'est rangée à la même opinion. (Cass. 28 juin 1853 ⁴⁴.)

Cette évolution a atteint les marchés qui *concédaient* des travaux communaux, ils n'ont pu être rangés parmi les concessions de travaux publics lorsque les travaux communaux étaient considérés comme de simples travaux privés. (C. d'Et. 27 août 1828, Commune de Dol, Leb. 453.)

*
**

Le but d'utilité générale du travail est le troisième élément exigé par la jurisprudence contemporaine pour qu'une opération mérite le nom de travail public : il n'a été dégagé qu'à une date récente, par l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 juin 1921, commune de Monségur, D. 1922.3.26. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Corneille, S. 1921.3.49, note de M. Hauriou. Bien d'autres critères ont été essayés avant lui.

On a voulu, pendant un certain temps, établir un lien entre travail public et *expropriation pour cause d'utilité publique* : il y avait travail public toutes les fois qu'une expropriation était possible, par conséquent étaient des travaux publics tous

⁴⁴ Voyez également : C. d'Et. 28 août 1844, de Chavaille, Leb. 545; 9 avril 1849, Lavallée, Leb. 227; 28 nov. 1851, Leb. 192; 19 janvier 1854, Foelder, Leb. 38; 20 déc. 1860, Gironnet, Leb. 694.

ceux qui pouvaient faire l'objet d'une déclaration d'utilité publique⁴⁵.

C'était un critérium simple. C'est à lui qu'on doit la qualification de travaux publics, donnée aux dessèchements de marais, exécutés par l'Etat ou par des concessionnaires, par application de la loi du 16 septembre 1807, et la qualité de concessionnaires de travaux publics, reconnue par suite aux concessionnaires de dessèchements : si bien les travaux de dessèchements étaient exécutés pour le compte de l'Etat, les marais desséchés appartenaient à des particuliers et étaient destinés à rester ou à rentrer dans le patrimoine de particuliers⁴⁶.

Le Tribunal des Conflits et le Conseil d'Etat n'admettent plus ce critérium. Il peut y avoir travail public sans qu'il y ait déclaration d'utilité publique. (C. d'Et. 5 mai 1893, Sommelet c. C^{no} de Rolampont, S. 1895.3.1.) Il peut y avoir déclaration d'utilité publique d'un travail sans qu'il y ait travail public : on a appliqué la déclaration d'utilité publique à des entreprises privées en raison du caractère d'intérêt général qu'elles comportaient : par exemple la construction de chemins de fer miniers peut être déclarée d'utilité publique, même lorsqu'un service public de transport ne leur a pas été imposé : il n'y a pourtant pas là travail public. (C. d'Et. 2 déc. 1904, de Richard d'Aboncourt; Conflits, 3 juin 1905, de Richard d'Aboncourt, S. 1906.3.65.)

On avait pensé également à exiger, pour qu'il y eût travail public, *une autorisation régulière*. Cette condition nouvelle n'a pas été retenue par la jurisprudence⁴⁷.

⁴⁵ Rapprocher la définition donnée par Tarbé de Vaulxclairs (Dict. des trav. pub., V^o Trav. pub.) : « Ceux dont l'utilité intéresse l'universalité des habitants du royaume, d'un département ou arrondissement, d'un canton et même d'une commune, lorsque cette utilité n'a pas le caractère de la propriété patrimoniale et privée, et surtout lorsqu'il y a eu préalablement déclaration d'utilité publique. »

⁴⁶ Voy. Christophle (1^{re} éd.), t. I, n^{os} 10, 11 et 661.

⁴⁷ Confl. 26 mai 1894, de Gasté, S. 1896.3.33.

Ce n'est pas, en effet, d'après les formes de l'approbation ou de l'autorisation qu'on peut décider si les travaux ont ou non le caractère de travaux publics; le fait qu'une autorisation n'aurait pas été donnée ou aurait été donnée irrégulièrement ne saurait modifier la nature du travail ⁴⁸.

On avait songé plus sérieusement à l'idée que sont travaux publics, ceux qui sont exécutés *sur le domaine public* : « On désigne, dit Christophle dans la première édition de son *Traité des Travaux publics*, sous la dénomination générique de travaux publics, ceux qui sont exécutés par l'administration ou ses ayants droit dans l'intérêt du domaine public de l'Etat, des départements et des communes ». Il est certain qu'il y a des contacts fréquents entre domaine public et travaux publics : l'entretien des routes, les travaux sur les voies ferrées, les ponts, les canaux sont des travaux publics. Il n'y a pourtant pas de lien nécessaire entre travail public et domaine public ⁴⁹.

C'est à propos d'une concession d'établissement thermal que le Conseil d'Etat a eu l'occasion de repousser ce critérium, sur l'invitation d'Aucoc. (C. d'Et. 8 mars 1866, Lafond, Leb. 630. Conclusions de M. Aucoc; D. 1867.3.10.)

Ce n'était que de l'*objet des travaux*, de leur *destination*, qu'il était possible de faire dépendre leur caractère. Dans la deuxième édition du *Traité* de Christophle, les travaux publics sont définis : « Ceux qui sont exécutés *dans l'intérêt des divers services publics* dont l'administration est chargée » ⁵⁰.

⁴⁸ Voy. dans ce sens : Porée et Cuénot, p. 889.

⁴⁹ On en trouve la preuve dans notre législation même : la loi du 4 avril 1882 sur la restauration des terrains en montagne érige en travaux publics des travaux qui ne sont cependant pas effectués sur le domaine public.

⁵⁰ Et M. Hauriou, dans la 2^e éd. (1893) de son *Précis*, disait de même : « L'opération de travaux publics est un mode d'acquérir qui suppose un travail exécuté pour le compte d'une personne administrative *en vue d'un service public*. »

Ce critérium du travail public, tiré de l'intérêt d'un service public, est demeuré vrai jusqu'à l'arrêt commune de Monséjour. (Voy. C. d'Et. 14 avril 1916, Astruc, Leb. 164. Conclus. de M. le Commissaire du Gouvernement Corneille; S. 1916.3.49. Note de M. Hauriou.) Il n'a pas nui à l'évolution de la concession de travaux publics vers la concession de service public.

§ 3.

La compétence.

Le juge des travaux publics est le Conseil de Préfecture (art. 4, §§ 2, 3 et 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII).

« La loi du 28 pluviôse an VIII, en parlant des entrepreneurs, dit Christophle (1^{re} éd., t. II, n° 445), a compris les *concessionnaires* sous cette dénomination générale » ⁵¹.

La logique exige en effet, à l'époque de la notion traditionnelle de concession, que les Conseils de Préfecture soient compétents pour statuer sur les contestations relatives à l'exécution du contrat de concession ⁵².

Ils le sont même lorsque la discussion porte sur des clauses du marché n'intéressant plus l'exécution proprement dite des travaux : par exemple sur les conventions financières entre concédant et concessionnaire; il n'en est autrement que lorsqu'il s'agit des litiges concernant les conventions financières

⁵¹ Dans le même sens, Aucoc, Conférences (1^{re} éd.), t. II, p. 244, n° 689.

⁵² C. d'Et. 14 juillet 1830, Dubourdier, Leb. 359; 8 nov. 1833, Comp. des Ponts de Paris, Leb. 6.21; 3 mars 1837, Liebaut, Leb. 67; 12 avril 1838, Comp. du Pont de Milhau, Leb. 215; 16 juillet 1840, Miozé, Leb. 221; 31 janv. 1848, Chem. de fer du Gard, Leb. 62; C. d'Et sur Confl. 10 mars 1848, Brunel; C. d'Et. 13 juil. 1850, Comp. du Chem. de fer de Strasbourg; 17 fév. 1853, Escarraguel, Leb. 252; C. d'Et. sur Confl. 21 avril 1853, Dupont c. Chem. de fer de l'Ouest.

entre l'Etat et les compagnies de chemins de fer d'intérêt général (litiges que les règlements d'administration publique, prévus par les conventions de 1859 et rappelés par celles de 1883, soumettent au Ministre et au Conseil d'Etat); et les conventions financières des concessions de chemins de fer d'intérêt local⁵³. L'exploitation de l'ouvrage étant alors purement et simplement le prix de l'accomplissement des travaux, la compétence du Conseil de Préfecture allait de soi pour les stipulations établissant les conditions pécuniaires dans lesquelles l'exploitation aurait lieu⁵⁴.

Les Conseils de Préfecture ont été de même reconnus compétents en matière de dommages causés par les travaux concédés : dommages permanents à la propriété immobilière, résultant nécessairement du travail public sans qu'aucune faute ne soit imputable au concessionnaire; accidents, provenant d'une faute, mais se rattachant à l'exécution ou à l'entretien de l'ouvrage public⁵⁵.

⁵³ Voy. C. d'Et. 12 janv. 1895, Chem. de fer du Midi et Chem. de fer d'Orléans, deux arrêts, Leb. 32; 19 juil. 1892, Comp. des Chem. de fer d'Orléans, Leb. 52.

⁵⁴ Il n'aurait pas été anormal de concevoir la disparition de la compétence du juge des travaux publics au profit du juge du droit commun des contrats de l'administration, si la gestion du service d'exploitation avait été le but de la concession, la construction de l'ouvrage n'étant qu'accessoire : il est vrai que la forte individualité de l'ouvrage public aurait pu s'y opposer.

⁵⁵ La compétence du Conseil de Préfecture n'a pas toujours été admise d'emblée et sans discussion en matière de dommages permanents et d'accidents provenant d'un ouvrage public, que celui-ci soit d'ailleurs concédé ou non. Dans un arrêt du 16 juin 1831, Canal d'Aire à la Bassée, Leb. 243, rendu entre le concessionnaire à perpétuité d'un canal et un particulier réclamant une indemnité pour dommage permanent, le Conseil d'Etat annule pour incompétence l'arrêté du Conseil de Préfecture faisant l'objet du pourvoi : « considérant qu'il ne s'agit pas en l'espèce de travaux d'utilité publique ni de l'interprétation des clauses du traité de concession, mais d'un simple dommage causé à une propriété particulière par le défaut d'écoulement du Canal d'Aire à la Bassée et que l'appréciation et la fixation du dommage appartiennent aux

SECTION III

LES BAUX ADMINISTRATIFS, LES CONTRATS QUALIFIÉS SIMPLEMENT
MARCHÉS DE FOURNITURES, LE PROCÉDÉ DU LIEN INDIVISIBLE,
LES MARCHÉS INTÉRESSANT LA GRANDE VOIRIE.

Etant donnée la conception que les juristes de l'époque qui nous occupe, se faisaient de la concession, à quel régime étaient

tribunaux ». Il est vrai qu'il s'agit d'un arrêt rendu par défaut et d'une concession perpétuelle, donc reconnue comme étant une propriété privée, mais nous remarquons parmi les arguments du pourvoi, celui-ci : que le canal était un ouvrage entièrement terminé, que *la compétence du Conseil de Préfecture devait avoir un terme et prendre fin avec les travaux publics*, que, s'il en était autrement, elle se perpétuerait avec tous les ouvrages d'art qui sillonnent le territoire de la France. Cet argument pourrait s'appliquer à tous les ouvrages publics même non concédés. Il pourrait aussi s'appliquer en dehors du dommage permanent.

En 1834, dans une affaire absolument identique, le Conseil d'Etat estime au contraire que le Conseil de Préfecture est compétent (5 juillet 1834, Canal d'Aire à la Bassée, Leb. 482), mais on peut se demander s'il ne fonde pas la compétence de cette juridiction sur ce que les concessionnaires *sont chargés de l'entretien de l'ouvrage*, en même temps que de sa construction, de sorte qu'après l'achèvement de la construction, les concessionnaires demeurant des entrepreneurs (d'entretien), la compétence administrative continuerait, pour cette raison, à être applicable aux dommages qui leur sont imputés.

En matière de dommages *permanents* (donc révélés après l'achèvement des travaux), Laferrière (2^e éd., t. II, p. 160 et s.) (voy. d'ailleurs le même exposé dans Christophle et Auger, t. II, n^o 2271) expose que « pendant longtemps l'autorité judiciaire a voulu voir en eux autre chose que de simples dommages et les a assimilés à des expropriations partielles, parce qu'ils enlèvent pour toujours une partie de sa valeur à la propriété », d'où la compétence des tribunaux judiciaires (Cass. 30 avril 1838, Commune des Moulins, S. 38.1.456; 23 avril 1838, Préfet de l'Oise, D. 38.1.210. — Dans le même sens, Colmar 30 avril 1840, Chem. de fer de Strasbourg, S. 1841.2.211; Lyon, 9 décembre 1840, Canal de Roanne à Dijon, S. 40.2.257). « Le Conseil d'Etat a résisté avec raison à cette doctrine, car il ne saurait y avoir expropriation là où il n'y a ni translation de propriété, ni même dépossession de tout ou partie du

alors soumis les marchés par lesquels l'administration confiait la gestion d'un service public à un particulier, aux risques et périls de celui-ci, sans que la jouissance de ce service fût la rémunération de l'exécution d'un travail public?

La distinction des actes de puissance publique et des actes de gestion a dominé le Droit administratif jusqu'aux premières années du ^{xx}^e siècle. Seuls, les premiers avaient par leur nature un caractère administratif; les seconds étaient régis par le droit commun, et ressortissaient aux tribunaux ordinaires, s'il n'en était autrement ordonné par un texte spécial. — Les actes de gestion de l'Etat étaient cependant amenés à la juridiction administrative, grâce à l'intervention de textes de droit financier⁵⁶; plus tard⁵⁷ ils l'ont été grâce au principe de la séparation des pouvoirs et à l'article 9 de la loi du 24 mai 1872⁵⁸ sur l'organisation du Conseil d'Etat.

Les marchés d'entreprise de services publics étaient des actes de gestion. Pour une partie d'entre eux, les concessions de travaux publics, un texte spécial était, pour les raisons qui ont été dites, applicable et appliqué — l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII; — ils jouissaient du régime et du privilège de

fonds, mais seulement diminution de ses avantages et de sa valeur. » Il a donc assimilé les dommages permanents et les dommages temporaires, et sa jurisprudence a été consacrée par le Tribunal des Conflits (29 mars 1850, Thomassin, Leb. 321; 30 avril 1850, Mallez, Leb. 329; 24 juillet 1851, Pamard, Leb. 521). Elle a été acceptée depuis 1852 par la Cour de Cassation (Civ. 29 mars 1852, Préfet d'Alger, S. 1852.1.410; 10 août 1854, Préfet du Puy-de-Dôme, S. 1855.1.141; Paris, 24 juillet 1857, Chem. de fer de Lyon à Genève, D. 1858.2.214).

⁵⁶ Parce qu'ils aboutissaient à mettre une somme à la charge du Trésor et que des lois de la période révolutionnaire, notamment celle du 26 septembre 1793, posent le principe de la liquidation administrative des dettes de l'Etat.

⁵⁷ A partir de l'arrêt Rothschild (C. d'Et. sur Confl. 6 déc. 1855, Leb. 705) et surtout de l'arrêt Blanco (Confl. 8 fév. 1873, S. 1873.2.153).

⁵⁸ D'après laquelle « le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative ».

juridiction des opérations de travaux publics. Les autres ont été tout naturellement analysés à la lumière des données du Droit civil : ainsi à plusieurs d'entre eux a été reconnue la nature de « baux administratifs ». On pouvait appliquer à certains le régime des marchés de fournitures. Quelques-uns de ces baux et marchés de fournitures étaient passés par l'Etat : la compétence administrative s'ensuivait pour eux ; même, pour les fournitures, le texte bien connu de l'article 13 du décret du 11 juin 1806 supprimait tous les doutes possibles. Mais la plupart des contrats envisagés ici intéressaient, au contraire, la gestion de services départementaux et surtout communaux : actes de gestion des départements et des communes, ils étaient destinés à ressortir à la compétence des tribunaux judiciaires et à être régis par le droit commun.

Ce résultat ne laissait pas d'être fâcheux, les actes en cause comportant un caractère administratif très accentué en raison de leur but même. La jurisprudence s'est efforcée de l'éviter : l'un des détours employés par elle, à cet effet, a été le procédé du lien indivisible.

§ 1.

Les baux administratifs.

L'Ancien Régime a connu des services publics gérés par des particuliers, à leurs risques et périls, et sans exécution préalable de travail public. Le service de la perception des impôts est celui qui a laissé, à ce point de vue, le souvenir le plus vivace : les impôts étaient ordinairement levés par des particuliers, à charge par ceux-ci de verser au Trésor une redevance forfaitaire. C'était la « ferme » des impôts. On peut signaler aussi

la « ferme » des postes et messageries⁵⁹ que l'on retrouve dans la Période Intermédiaire avec une « ferme des messageries, coches et voitures d'eau »⁶⁰.

Dans les premières années du xix^e siècle, on considère les revenus, provenant pour les collectivités publiques du fonctionnement de la plupart des services publics productifs de profits pécuniaires, *comme des parcelles de la fortune de ces personnes morales* : les auteurs les font figurer dans les énumérations qu'ils donnent des différents biens constituant cette fortune, à côté des dépendances de ce que nous appelons aujourd'hui le domaine privé de l'Etat, des départements et des communes. Le bail administratif est le procédé juridique qu'emploie indistinctement, pour tous ces biens disparates, la collectivité propriétaire, afin d'en tirer un revenu ; et ce bail est le contrat prévu au Code Civil. On « afferme » donc à un particulier les revenus de tel service public comme on lui louerait un pâturage communal ou une forêt⁶¹ ; « le fermier » s'engage à verser à l'administration une redevance. Par ce bail, le fer-

⁵⁹ Dalloz, Répertoire alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, V^o Voiture-voiture publique (tome 44, 2^e partie, 1864), n^{os} 7, 10 et 12.

⁶⁰ *Ibid.*, n^o 15.

⁶¹ Ainsi Cormenin, 5^e éd., 1840, t. I, ch. III, p. 265, énumère, sous le titre général de « Baux administratifs », des situations juridiques qui nous paraissent aujourd'hui des situations de droit public et qu'il paraît soumettre entièrement aux règles du droit privé, en même temps qu'il leur donne ce nom général de baux administratifs. On trouve dans cette énumération, pêle-mêle, les baux : 1^o des domaines de l'Etat, des communes et des établissements publics ; 2^o... ; 3^o... ; 4^o des droits de pêche ; 5^o de bacs et passages d'eau ; 6^o des halles et marchés (domaniaux et communaux) ; 7^o des baux féodaux ; 8^o des théâtres et salles de spectacles ; 9^o des mesurages, pesages et jaugeages ; 10^o de l'éclairage et d'entretien du pavé des villes ; 11^o des services des pompes funèbres ; 12^o des jeux publics. Il faut y ajouter notamment les baux des droits d'octroi (Foucart, t. 3, p. 243, n^o 292). Il est assez curieux de retrouver à peu de chose près le même esprit en 1891, dans le tome VII du Répertoire de Fuzier-Hermann, V^o Bail administratif.

mier est institué, si l'on peut dire, gérant d'un service public. — Ce mode de gestion ne peut d'ailleurs être utilisé que lorsque le service est de telle nature que le gérant puisse consentir à verser une redevance à l'administration.

Ce sont des « baux » qui organisent l'exploitation des bacs, la perception des droits d'octroi, des droits de place dans les halles, foires, marchés, des droits de mesurage et de pesage, etc.....⁶².

Il sera question, plus loin, des baux de bacs passés par l'Etat qui a détenu longtemps le monopole du service des passages d'eau.

Les tribunaux, — les tribunaux judiciaires, — appliquent aux baux de services municipaux le régime du contrat de louage du Code Civil⁶³.

Pour le bail de l'impôt communal d'octroi, l'article 136 du

⁶² Dans un arrêt du 28 février 1872, Ville de Marseille, D. 1873.1.61, rapport de M. le conseiller Rau, la Cour de Cassation qualifie un traité relatif à une entreprise de service d'omnibus de « location ou amodiation de la voie publique ». Il faut remarquer que, bien que le marché imposât des conditions et charges à l'entrepreneur dans l'intérêt de la sécurité et de la commodité de la circulation, *ainsi que pour assurer au public un service régulier et suffisant*, le conseiller Rau a refusé le caractère de service public à l'exploitation.

Quand l'entrepreneur s'engage à exécuter un travail, comme la construction de la halle, du marché ou de l'abattoir, le droit de percevoir les taxes est regardé comme la rémunération de ce travail : il s'agit d'une concession de travaux publics (Orléans, 3 août 1861, D. 1861.2.224, note ; C. d'Et. 24 juin 1870, D. 1871.3.85, note ; Cass. 7 mai 1879, Ville de Vichy, D. 1879.1.479 ; C. d'Et. 24 juillet 1885, D. 1887.3.20 ; 31 juillet 1885, D. 1886.5.427).

⁶³ Dans son rapport sur l'affaire Istria, C. d'Et. 8 avril 1852, Leb. 79, le Ministre de l'Intérieur déclare « qu'en thèse générale les contestations sur l'exécution et le sens des baux administratifs sont de la compétence des tribunaux ordinaires ». Voy. également : note sous Confl. 4 août 1877, Leb. 826 : « Il s'agissait avant tout d'un *bail*, c'est-à-dire d'un contrat de *droit commun*, rentrant essentiellement dans le domaine des *tribunaux civils*, sous quelque forme que le contrat ait été passé. »

décret du 17 mai 1809 consacre en propres termes la compétence judiciaire ⁶⁴.

Mais ce texte contient une réserve, et celle-ci a permis aux tribunaux administratifs d'amener à eux une partie des litiges nés des baux de services communaux. L'article 136 attribuait au préfet en Conseil de Préfecture (il faut dire après la loi du 21 juin 1865 : au Conseil de Préfecture), l'*interprétation* du sens des baux d'octrois.

Cette disposition a été quelque temps considérée comme donnant au préfet qualité *non seulement* pour donner l'*interprétation* du bail, mais aussi pour statuer *au fond* entre le fermier et la commune. (C. d'Et. 9 déc. 1831, Delaporte, Leb. 475; 22 juin 1836, Delaporte, Leb. 299.) Cette jurisprudence, qui ne respectait pas le texte et se trouvait en opposition complète avec les principes alors reçus, n'a pas été conservée ⁶⁵.

Il est, au contraire, une utilisation — plus modeste — de la réserve de l'article 136, qui s'est installée solidement et dure d'ailleurs encore : par l'arrêt Istria du 8 avril 1852, Leb. 79, le Conseil d'Etat a assimilé aux baux des droits d'octroi les baux de droits de place, de hallage, d'abatage et de mesurage, en ce qui concerne l'*interprétation de ces actes*. Jusque-là ces contrats avaient été soumis aux tribunaux judiciaires d'une façon complète et conformément aux règles normales. (Cass. 2 janv. 1817, Lecardé, dans : Merlin, Questions de droit, 4^e éd. [tome XI, 1829]. V^o Pouvoir judiciaire, § IX, II, p. 352) ⁶⁶. Dans l'affaire

⁶⁴ Voy. application de ce texte dans : C. d'Et. 26 août 1858, de Lavit, Leb. 600, D. 1859.3.37; 25 déc. 1865, Cavarrot, Leb. 1017, D. 1866.3.68.

⁶⁵ La scission de compétence entre autorité administrative et autorité judiciaire n'a triomphé pourtant définitivement que dans l'arrêt Lombard, du Tribunal des Conflits du 8 novembre 1851.

⁶⁶ « Les halles sont des propriétés communales; ...aux termes de l'article 7 de la loi du 11 frimaire an VII, le prix de la location des places dans les halles et marchés fait partie, tout comme le prix des baux, des *biens commu-*

Istria, le Commissaire du Gouvernement Reverchon termine ses conclusions par les considérations suivantes : Quand la loi ne détermine pas une juridiction spéciale pour *l'interprétation* des baux, il faut faire une distinction : ou bien il s'agit de baux proprement dits, ou bien de *baux, ainsi qualifiés, qui ne sont que des concessions portant sur un service public*. C'est à l'autorité administrative qu'il appartient d'interpréter les baux de cette deuxième catégorie. C'est ce qui résulte, du reste, du décret de 1809, article 136. Ce décret est parfaitement applicable, car les droits de place dans les halles et marchés sont assimilables aux droits d'octroi; dans les deux cas, *il s'agit d'une taxe publique* dont la perception est déléguée par la commune et qui est autorisée par la loi annuelle de finances.

Ces formules révèlent la préoccupation du Conseil d'Etat. Il veut, autant que faire se peut, soustraire à l'autorité judiciaire des marchés intéressant aussi directement un service public.

La haute juridiction n'était pas d'ailleurs approuvée par toute la doctrine⁶⁷, tant il est vrai que, ce qu'on pourrait appeler la théorie générale du Bail administratif, n'avait pas perdu toute sa vigueur.

Le Conseil d'Etat n'en persévéra pas moins dans sa jurisprudence (16 nov. 1854, Istria; 8 décembre 1859, Poirier; 13 mars 1891, Médioni, et 17 avril 1891, C^{no} de Saint-Justin, S. Chr. 3.135. Note de M. Hauriou) et le Tribunal des Conflits s'y rangea (4 août 1877, C^{no} de Langeac, Leb. 825, note; 15 mars 1879, Renaud).

baux proprement dits, des recettes communales... » Le bail « ...rentre dans les règles ordinaires du droit pour tout ce qui concerne son *interprétation*, ses effets, son étendue et ses limites ». Voy. également le commentaire de Merlin.

⁶⁷ Voy. Serrigny, Traité de la compétence, t. II, n° 669.

§ 2.

Les marchés de fournitures.

Il peut y avoir marché de fournitures aussi bien dans le cas de fournitures *de services* que dans celui de fournitures *de choses*.

Lors donc qu'une raison empêchait que l'entrepreneur de service public fût regardé comme un fermier de l'administration, on se contentait de traiter comme un marché de fournitures le contrat qui le liait à l'administration. C'est ce qui avait lieu, en particulier, dans les cas où le service à gérer était tel que l'administration ne pouvait exiger une redevance de son cocontractant, mais au contraire lui versait une rétribution ou une subvention forfaitaire et périodique.

Il en était ainsi des traités par lesquels l'Etat concédait les services maritimes postaux⁶⁸. Ces marchés de l'Etat ressortissaient évidemment à la compétence administrative en vertu du décret de 1806.

Sous le nom de marchés de fournitures, mais alors sous la compétence des tribunaux judiciaires, Cormenin et la jurispru-

⁶⁸ Grout (Henry), Les services maritimes postaux en France, thèse Paris, 1908. Jusqu'au milieu du XVII^e siècle, les lettres et paquets étaient simplement confiés aux capitaines de navire. La première tentative d'organisation d'un service régulier fut faite par Louis XIV qui, en octobre 1661, accorda à Louvois une sorte de concession pour l'organisation d'un service régulier entre les ports de Provence et ceux d'Italie. Par la suite, l'obligation fut imposée aux capitaines de transporter les lettres et ce fut ce régime qui, sauf quelques tentatives malheureuses de services en régie et quelques entreprises privées, se perpétua jusqu'aux environs de 1851; c'est à cette époque que des compagnies commerciales puissantes prirent l'exploitation des services; elles étaient liées avec l'Etat par des contrats qui leur assuraient des subventions à titre de rémunération.

dence placent les marchés passés entre villes et entrepreneurs pour l'éclairage public par le système de lampes à huile⁶⁹. (C. d'Et. 13 juillet 1825, Lesage, Leb. 440; 10 juin 1829, Culhat-Chassis, Leb. 186; 8 novembre 1829, Delahaye-Huet, Leb. 426; 28 mars 1888, C^{no} de Saissac, D. 1889.253⁷⁰).

La liste des services municipaux gérés sous les espèces de marchés de fournitures serait sensiblement plus longue si le procédé du lien indivisible n'était intervenu pour modifier la nature de nombreux contrats de gestion de services publics.

§ 3.

Le procédé du lien indivisible.

« Dans une situation complexe, écrivait M. Hauriou⁷¹, si un élément de travail public se trouve mêlé à un élément de fournitures et que l'opération soit indivisible, l'élément de travail public entraîne la compétence du Conseil de Préfecture pour toute l'opération, même pour l'élément de fournitures. » C'est le principe du lien indivisible qui a toujours toute sa force⁷².

On trouve à l'origine de ce principe une idée très simple et

⁶⁹ Cormenin, t. III, p. 264. Rappr. Serrigny, t. I, n° 613 (p. 628). M. Monsarrat lui-même, Contrats et concessions des communes, n° 427, dit encore : « Le traité n'est dans ce cas qu'un marché de fournitures. » Voy. égal. n° 432.

⁷⁰ Un arrêt du Conseil d'Etat du 4 juillet 1884, Leb. 564, refusant de reconnaître à la concession d'un restaurant dans une exposition le caractère de concession de travaux publics, qualifie ce contrat de marché de fournitures.

⁷¹ Précis, 11^e éd., p. 770.

⁷² On parle beaucoup actuellement du caractère compréhensif du contentieux des travaux publics, du pouvoir d'attraction que contient en elle la qualité de travail public. Le principe du lien indivisible est une de ces « théories accessoires » (Hauriou, note S. 1893.3.81) qui sont à la source de ce caractère du travail public.

inspirée du plus pur bon sens : il faut éviter qu'une même situation, qu'un même acte soit soumis à plusieurs juridictions différentes, en raison des règles ordinaires de compétence. En cela cette théorie n'a rien de spécial à la juridiction administrative : il arrive à chaque instant qu'une juridiction civile ou commerciale s'empare de certains éléments d'une affaire pour lesquels elle ne serait pas compétente, s'ils étaient isolés, mais pour lesquels elle le devient parce qu'ils sont liés d'une façon indivisible à un élément principal. L'empiètement ne s'arrête que dans le cas où il y a question préjudicielle.

Tout de même, il y a ici quelque chose de particulier, c'est qu'il n'est pas nécessaire que l'élément travail public soit l'élément principal pour que l'opération soit traitée comme une opération de travaux publics. Pour reprendre deux formules de M. Hauriou : très souvent ici « l'accessoire entraîne le principal » ⁷³ ou, si l'on préfère, « l'élément de travail public, par cela seul qu'il existe, devient l'élément principal » ⁷⁴.

Cela révèle l'origine profonde du principe : il est né comme un procédé grâce auquel ont été soustraits aux tribunaux judiciaires de nombreux contrats d'entreprises de services communaux, qui devaient être normalement analysés, comme ceux que l'on vient de voir dans les deux paragraphes précédents, en baux administratifs ou en marchés de fournitures : on a profité de ce que l'exécution de ces marchés comportait l'accomplissement de quelque travail public, si infime fût-il, pour donner satisfaction à leur nature essentiellement administrative qui exigeait que leur contentieux appartînt à l'administration : on a fait de tous ceux qu'on a pu, des marchés de travaux publics, plus exactement des concessions de travaux publics.

⁷³ Hauriou, note sous C. d'Et. 17 janvier 1896, Fidon et fils, S. chr. 1896-97.3.2.

⁷⁴ Hauriou, note S. chr. 1891.3.163.

C'est pourquoi les deux conditions que l'on représente de nos jours comme nécessaires pour que le principe du lien indivisible fonctionne, n'ont pas été, à cette époque, aussi nettement respectées qu'actuellement où la règle de répartition des compétences entre les autorités administrative et judiciaire dispense de subterfuges comme celui-ci.

Il faut, dit-on aujourd'hui, qu'il existe un lien indivisible entre les deux parties de l'opération; il faut que l'élément de travail ne soit pas négligeable.

Il suffit de passer en revue les principaux marchés de services publics qui, par le procédé du lien indivisible, ont été érigés en concessions de travaux publics, pour se rendre compte du peu de rigidité qu'avaient ces deux conditions dans la période en ce moment évoquée.

Les compagnies de distribution d'éclairage au gaz fournissent l'éclairage public et distribuent la lumière aux particuliers : c'est là le but essentiel et principal du marché, une fourniture; mais, pour organiser leur exploitation, elles doivent construire et entretenir un réseau de canalisations qui constitue un ouvrage public : voilà donc une concession de travaux publics; d'ailleurs, ici, le lien entre les deux parties du contrat, comme l'élément de travail public, sont certains. Le Conseil de Préfecture est compétent aussi bien pour les contestations relatives à la fourniture que pour celles qui concernent l'exécution et l'entretien du travail. (C. d'Et. sur Confl. 15 février 1848, Comm. de Beaubrun, Leb. 85; 21 juin 1855, Ville de Rive-de-Gier, Leb. 454; C. d'Et. 17 avril 1874, Gaz de Wazemmes, D. 1875.3.67; Cass. Civ. 2 nov. 1880, D. 1880.1.230.)

Bathie, qui proposait, dans la première édition de son traité, « de distinguer entre les deux parties du marché, de renvoyer au Conseil de Préfecture la partie qui a le caractère de travail public et aux tribunaux les fournitures des communes... »,

abandonne cette conception dans sa deuxième édition ⁷⁵.

Des concessions de distribution d'éclairage, il faut rapprocher les concessions de distribution d'eau : la situation est absolument identique. (C. d'Et. 12 août 1879, Brannelec, Leb. 607; Confl. 22 déc. 1890, Ville de Clermont-Ferrand, Leb. 330.)

On sait que le Conseil de Préfecture tranche les litiges relatifs aux conventions financières entre concédants et concessionnaires de travaux publics. La jurisprudence avait pendant un certain temps (C. d'Et. 20 mars 1862, Comp. grenobloise d'éclairage par le gaz, Leb. 242; Cass. 24 juillet 1867, D. 1868.133), essayé d'établir une distinction entre les clauses administratives et les clauses financières des concessions de gaz et d'eau. Aux premières seules était réservée la compétence du Conseil de Préfecture. La jurisprudence paraissait ainsi ne reconnaître que dans une certaine mesure et avec restriction le caractère de marchés de travaux publics aux concessions de cette nature. Le Tribunal des Conflits a fait prévaloir d'une manière complète le système du lien indivisible. (Confl. 16 décembre 1876, Leb. 912; D. 77.3.57 et les renvois.) La même solution a été consacrée par un arrêt de la Cour de Cassation. (Civ. 2 mars 1880, Union des Gaz, S. 1881.1.20.)

Les marchés pour l'arrosage des rues (C. d'Et. 28 août 1844, Ville de Paris, Leb. 539), pour l'enlèvement des boues et immondices, le balayage et en général le nettoyage des rues (C. d'Et. 22 fév. 1850, Lelarge; 10 février 1865, Leb. 188; 12 août 1879, Krohn, Leb. 611) présentent, indépendamment des nécessités de propreté et d'hygiène, de sérieux avantages au point de vue de la conservation de la chaussée. On les soumet naturellement au Conseil de Préfecture ⁷⁶.

⁷⁵ Tome VII, n° 266 (p. 251).

⁷⁶ En sens contraire, Serrigny, t. I, n° 614. Au contraire, la jurisprudence

Beaucoup plus étrange est l'attribution de la nature de concession de travaux publics aux traités passés pour le service des pompes funèbres. Elle présente le cas le plus remarquable de contrats que le Conseil d'Etat a fait coûte que coûte entrer dans la catégorie des marchés de travaux publics : on ne trouve aucun lien entre la concession du service et un ouvrage public : le Conseil d'Etat a alors scruté les textes pour en tirer la soumission de cet acte à la compétence administrative. C'était d'ailleurs le temps où les juristes croyaient devoir appuyer leurs solutions beaucoup plus sur des textes que sur des principes juridiques. Le Conseil d'Etat trouva, dans le décret du 18 mai 1806 concernant le service dans les églises et convois funèbres, un article 15, § 1, ainsi conçu : « Les adjudications des services des pompes funèbres seront faites selon le mode établi par les lois et règlements pour les travaux publics. » C'était aussi un principe alors fort en honneur que de donner une importance capitale à la forme suivant laquelle les contrats avaient été passés, pour l'appréciation du caractère juridique de ces actes. Le Conseil d'Etat s'est servi de cette disposition pour asseoir sa jurisprudence, et celle-ci est fort ancienne. (C. d'Et. 27 août 1825, Terson, Leb. 506; 30 mars 1844, Dutil, Leb. 185; 2 juin 1879, Fabriques de Paris, Leb. 511.)

Elle est un peu plus facilement admissible quand l'entrepreneur est en même temps chargé de l'entretien du cimetière. (C. d'Et. 26 janv. 1877, Leb. 89; 27 juil. 1906, Leb. 699.)

Destiné aux marchés de services départementaux et communaux, le système du lien indivisible ne pouvait pourtant pas logiquement leur être limité dans son application ⁷⁷.

était approuvée par la majorité des auteurs : Dufour, t. VII, n° 266; Christophle, t. I, n° 24; Batbie, t. VII, n° 265.

⁷⁷ Le système de lien indivisible a été utilisé aussi dans d'autres hypothèses que celles d'entreprises de services publics : il a permis de qualifier simples marchés d'entreprises de travaux publics des marchés de fournitures. Voy. deux

Le plus curieux, c'est que, pour un marché de service d'Etat, le service de l'entretien et du travail des détenus des établissements pénitentiaires, des efforts égaux à ceux réalisés pour certains services communaux ont été accomplis dans la recherche de raisons capables de faire de ce marché une concession de travaux publics. Leur explication est vraisemblablement très simple : on a voulu que les entrepreneurs de ce service ne fussent pas contraints de plaider devant le Conseil d'Etat des procès généralement de médiocre importance, non dispensés du ministère d'avocat.

On a donc argumenté, comme toujours, des formes de passation du contrat. Serrigny⁷⁸ est même allé jusqu'à soutenir que les ouvrages exécutés par les prisonniers, n'étant pas faits en vue d'un intérêt privé, constituaient des travaux publics *d'ordre mobilier* et que la loi du 28 pluviôse an VIII n'établissant aucune distinction entre les travaux publics immobiliers et ceux purement mobiliers, il y avait lieu d'appliquer à tous ces ouvrages, quelle que fût leur nature matérielle, la même règle de compétence. On a fait plus sérieusement valoir⁷⁹ que l'entrepreneur est d'ordinaire chargé, par une clause spéciale de son contrat, de l'entretien des bâtiments de la prison, des locaux qui lui servent d'ateliers. Plus exactement on a établi artificiellement le lien indivisible en insérant cette clause de réparation des bâtiments. La compétence du Conseil de Préfecture a été déclarée de très bonne heure par le Conseil d'Etat (29 juin 1832, Murjas, Leb. 335; 27 août 1845, Héritiers de Taverne, Leb. 457; 23 déc. 1881, Alléguen, D. 1883.3.33)⁸⁰.

exemples particulièrement curieux dans Laferrière, *Juridict. admin.*, t. II, p. 123, et surtout Noël, *La notion de travail public*, p. 51.

⁷⁸ *Traité de la compétence*, II, n° 696.

⁷⁹ Voir la note de M. Le Vavasseur de Précourt, sous l'arrêt du C. d'Et. du 26 nov. 1880, *Rev. gén. d'adm.*, 1881, p. 49 et s.

⁸⁰ Lorsque l'Etat pour pourvoir à l'entretien des détenus traite directement,

§ 4.

Les marchés intéressant la grande voirie.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 17 janvier 1896, Fidon et fils (S. chr. 1896-97.3.2. Note de M. Hauriou)⁸¹, a décidé implicitement que le Conseil de Préfecture était compétent pour statuer sur les contestations entre l'Etat et le concessionnaire du service de halage par bêtes de trait sur un canal ou une rivière canalisée.

Peut-être cet arrêt pousse-t-il jusqu'à ses dernières limites le procédé du lien indivisible, là encore dans un cas (fourniture de l'Etat) qui ressortissait déjà normalement à un juge administratif : le marché imposait à l'entrepreneur l'obligation seulement *éventuelle* de construire des abris.

M. Hauriou estime qu'il faut plutôt expliquer cet arrêt par un texte amorphe qui ne demande point que l'on prenne parti sur la nature juridique de l'opération et qui a déjà servi dans d'autres hypothèses. Ce texte est le § 5 de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, ainsi conçu : « Le Conseil de Préfecture prononcera..... sur les difficultés qui pourront s'élever en matière de grande voirie. » Cette disposition ne vise point, ainsi qu'on pourrait le croire au premier abord, les contraventions de grande voirie; la compétence pour ces contraventions appartenait en l'an VIII aux tribunaux judiciaires, elle n'a été donnée aux Conseils de Préfecture que par la loi du 29 floréal an X. Rien

en régie, avec les divers commerçants qui lui fournissent les marchandises nécessaires, les contrats qui interviennent constituent des marchés de fournitures dont la connaissance appartient au Conseil d'Etat en vertu du décret du 11 juin 1806 (C. d'Et. 17 janvier 1867, Boulingre, Leb. 75).

⁸¹ Dans le même sens, C. d'Et. 21 avril 1899, sol. impl. Duez, S. 1901.3.111.

n'empêche dès lors qu'il soit appliqué aux marchés passés pour les services de la grande voirie, services dans lesquels rentre certainement celui de la navigation sur les canaux.

Ce texte avait été déjà appliqué aux marchés de lestage et de délestage, marchés par lesquels des entrepreneurs s'engagent à fournir les pierres nécessaires au lest des bateaux. (C. d'Et. sur Confl. 1^{er} avril 1840, Giraud, Leb. 98; C. d'Et. 23 mars 1870, Sellier, Leb. 345; 27 juillet 1870, Jéhan, Leb. 962.)

Mais ce sont là des monstres juridiques.

C'est sur eux qu'il convient de fermer cette sorte de parenthèse, ouverte depuis le début de cette section, pour reprendre l'étude de l'évolution de la notion de concession, là où elle avait été laissée, c'est-à-dire au moment où, avec le début du xx^e siècle, elle va revêtir son nouvel aspect.

CHAPITRE II

La concession mode de gestion des services publics.

SECTION PREMIÈRE

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

Aux environs de 1880, l'achèvement du réseau des chemins de fer d'intérêt général est assuré. Dès lors, quand on songe à la concession, on commence à s'intéresser beaucoup moins à la construction des ouvrages, préoccupation dominante au temps où il fallait d'abord établir le réseau national avec la moindre participation directe du Trésor. On envisage de plus en plus les conditions d'exploitation du chemin de fer, l'organisation et le fonctionnement de ce service public dont le rôle s'avère primordial dans la vie économique et sociale.

A la même époque, le développement des agglomérations urbaines et des centres industriels fait naître une foule de problèmes qui jusqu'alors ne s'étaient pas posés ou n'avaient qu'une importance secondaire : problème de l'eau, problème de l'éclairage, problème des transports urbains. Il faut exécuter des travaux et organiser des services publics, pour donner satisfaction à ces nouveaux besoins collectifs. L'administration ne pouvait pas plus s'en désintéresser qu'elle ne pouvait, sous l'Ancien Régime, négliger le ravitaillement des villes que les progrès économiques permettent, depuis le siècle dernier, de laisser à l'initiative privée, du moins en temps normal. Ainsi naissent les concessions de distribution de lumière, d'eau, de voitures publiques. Il nous a été donné de voir qu'elles n'avaient

pu être rangées parmi les concessions de travaux publics que par le détour du lien indivisible. C'est donc que, chez elles, l'élément de travail public est mince et secondaire : leur fin principale est l'exploitation d'un service public.

Cette modification dans les conditions matérielles s'est traduite par l'évolution de la notion que les juristes se font de la concession.

Dans la concession de travaux publics traditionnelle, la gestion d'un service public n'apparaissait qu'en tant qu'elle touchait à la rémunération du constructeur de l'ouvrage, en ce qu'elle conduisait aux profits que le constructeur devait tirer de l'ouvrage pour se couvrir de ses frais de construction.

Dans la concession dite de service public, qui lui succède, et dont la concession dite de travaux publics n'est plus désormais qu'une variété, la gestion du service apparaît à un titre nouveau : sans doute, elle continue à intéresser la rémunération du concessionnaire, mais elle devient le but même de la concession : l'organisation et la gestion d'un service public remplacent, comme élément essentiel de la concession, l'exécution d'un travail public. L'élément « but » de la concession, l'élément « obligation imposée au concessionnaire », c'est maintenant la gestion d'un service public. La concession est un mode de gestion des services publics.

La concession de service public est l'acte par lequel un particulier s'engage à assurer à ses frais, risques et périls, le fonctionnement d'un service public, moyennant une rémunération consistant normalement dans les profits qu'il tirera de l'exploitation du service, généralement dans les taxes qu'il reçoit l'autorisation de percevoir sur les usagers du service¹.

¹ « Ce qui est concédé, c'est à proprement parler un service public à exploiter », dit M. Berthélemy dans son *Traité* (11^e éd., 1926), p. 708; voy. à

Pour qu'il y ait concession, il faut donc maintenant la réunion des trois éléments suivants : obligation par un particulier de gérer un service public ; caractère aléatoire de l'entreprise pour le concessionnaire ; rémunération, qui normalement demeure, comme dans la concession de travaux publics traditionnelle, telle du moins qu'elle se présente au dernier stade de son évolution, la jouissance des profits de l'exploitation du service public. En somme, un seul élément a varié, mais c'est l'élément essentiel.

La construction (ou l'entretien) d'un ouvrage public n'est plus nécessaire pour qu'il y ait concession, elle continue à figurer très souvent parmi les obligations du concessionnaire, et, dans ce cas, on parle toujours volontiers de concession de travaux publics ; même, les plus nombreuses et les plus intéressantes des concessions de service public comportent l'exécution de quelque travail public ; mais celle-ci est simplement regardée comme une des charges qui incombent au concessionnaire pour l'organisation du service.

Telle est la notion aujourd'hui classique de concession.

On aperçoit déjà la trace de l'expression « concession de service public » dans l'article 115 de la loi du 5 avril 1884² ; on trouve la formule dans un avis du Conseil d'Etat du 18 mars 1888³. M. Hauriou écrit dans sa note sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 février 1902, Blanleuil et Vernaudeau contre Ville

titre de comparaison, la 3^e éd. du même ouvrage (1905), p. 587, qui ne contient aucun passage semblable. — Pour M. Duguit, la concession est un mode d'exploitation des services publics « qui implique l'exploitation du service par un simple particulier sous le contrôle des gouvernants » (Traité de Droit constitutionnel, éd. 1912, t. I, p. 103). — Voir également : Gaston Jèze, Les contrats administratifs, p. 60 et s. ; Rolland, Précis, n° 54.

² Ce texte fait allusion aux « traités portant concession à titre exclusif, ou pour une durée de plus de 30 ans, des grands services municipaux ».

³ Cité par J. Guillonard, thèse Caen, p. 47.

d'Angoulême, S. 1904.3.81 : « Le véritable nom des concessions qui nous occupent est... *concessions de service public*, et elles sont avant tout un moyen d'assurer un service public. » Dans des conclusions prises en 1907 devant le Conseil d'Etat (dans l'affaire Deplanque contre Ville de Nouzon), M. Romieu parle du « régime légal des concessions de travaux publics ou de service public ». Le Répertoire de Béquet connaît la « concession de service public » et qualifie de ce nom la condition juridique de la Compagnie des Omnibus de Paris⁴. Mais le premier texte dans lequel l'expression est employée, a été seulement le décret du 31 mai 1910 relatif à l'organisation du Conseil d'Etat au contentieux, art. 3, § 1⁵.

Les conséquences immédiates de la transformation de la notion de concession sont des plus importantes; elles concernent principalement le domaine de la concession et la compétence.

Parmi les effets indirects de la transformation, il en est un qui touche à un des éléments mêmes de la concession, à son caractère aléatoire. Une place doit être consacrée, dans ce chapitre, à son examen.

SECTION II

LE DOMAINE DE LA CONCESSION.

§ 1.

La notion de service public.

C'est désormais à la notion de service public, et non plus à celle de travail public, qu'est lié le domaine de la concession.

⁴ V° Travaux publics (t. XXI, 1908), n°s 1828 et 1886. Voyez aussi n° 54.

⁵ En Allemagne, on dit « concession d'entreprise publique » (Otto Mayer, Le Droit administratif allemand, éd. française, t. IV, p. 153 et s.).

Il importe donc de rappeler quelques idées sur cette délicate notion.

Il n'y a pas, en Droit administratif français, un critérium *précis* et *unique* du service public : dans l'état actuel de notre technique juridique, on ne peut pas dire : le service public réunit tels éléments *précis* et *toujours les mêmes*; on ne peut pas dire : pour qu'il y ait service public, *il faut*, mais il *suffit* que tels caractères *déterminés* existent dans une entreprise.

La condition de service public résulte d'un ensemble de circonstances dont chacune n'est pas à elle seule suffisante, mais qui, par leur groupement, font apparaître le caractère de service public de l'entreprise, et ces circonstances varient dans l'espace et dans le temps.

Toutefois, il est possible de dire que ce qui fait le service public, ce qui permet de le reconnaître, c'est d'abord *le caractère essentiel du besoin* auquel l'administration a donné satisfaction en créant le service, c'est aussi *l'intention* qu'a eue l'administration d'organiser un service public.

Le besoin aux exigences duquel l'administration a répondu en entreprenant le service doit être un *besoin essentiel*, ou bien il doit s'agir d'assurer la sauvegarde d'un intérêt supérieur. Quant à préciser quelles sont les activités dont l'accomplissement est indispensable à la vie sociale, nous dirons avec M. Duguit : « A cette question, on ne peut point faire de réponse fixe. Il y a là quelque chose d'essentiellement variable, d'évolutif au premier chef. Il est même difficile de fixer le sens général de cette évolution. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'à mesure que la civilisation se développe, le nombre des activités susceptibles de servir de supports à des services publics augmente et le nombre des services publics s'accroît par là même. C'est logique. En effet, de la civilisation, on peut dire qu'elle consiste uniquement dans l'accroissement du nombre des besoins de

tous ordres pouvant être satisfaits dans le moindre temps » ⁶.

Pourtant nous pensons, avec le grand publiciste, que si l'on veut « un critérium formel pour reconnaître les activités devant servir de support à l'organisation d'un service public [à un moment donné]..... il se trouve dans le désordre social produit par la suspension, même pendant un temps très court, de cette activité. Par exemple, en octobre 1910, la grève des chemins de fer français, quoique partielle et très courte, a montré d'une façon évidente que les transports par chemin de fer constituaient au premier chef les éléments d'un service public » ⁷.

Cela ne signifie pas qu'il sera donné satisfaction à tous les besoins essentiels par le procédé du service public. Certains de ces besoins sont satisfaits à peu près exclusivement, en temps normal, par l'initiative privée. Il y a même un certain nombre de services que nos habitudes considèrent comme lui étant réservés : ainsi le service de l'alimentation (pour la boulangerie, C. d'Et. 1^{er} février 1901, Descroix, D. 1902.3.34), le service des soins médicaux (C. d'Et. 29 mars 1901, Casanova c. Commune d'Olmeto, D. 1902.3.34), les assurances (C. d'Et. 21 janvier 1921, Syndicat des Agents généraux des Compagnies d'Assurances du Territoire de Belfort, D. 1922.3.34. Conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Corneille), les spectacles cinématographiques (C. d'Et. 11 juin 1926, Raynaud, D. hebdomadaire 1926.423, Revue du Droit public 1926.697. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Rivet. Note de M. Jèze).

Pour certains autres besoins généraux, les pouvoirs publics aident à leur satisfaction, sans aller jusqu'à employer le procédé du service public : ils se bornent, par exemple, à subventionner les œuvres privées.

⁶ Traité de Droit constitutionnel, t. II, p. 57.

⁷ Les transformations du Droit public, p. 51.

Le principe reçu est que ne sont susceptibles d'être érigées en services publics que les activités consacrées à la satisfaction de besoins qui ne peuvent être satisfaits complètement, soit en raison de leur nature, soit en raison de circonstances exceptionnelles, que par l'intervention de l'administration⁸. En raison de leur nature : ce sont par exemple les services de justice et de police, même le service des postes ou celui du chemin de fer : en effet, sans l'intervention de l'administration, certaines parties du territoire seraient dépourvues de communications postales ou ferroviaires, l'exploitation de telles entreprises dans ces régions n'étant pas rémunératrice et dès lors incapable de susciter les initiatives privées ; c'est également en raison de sa nature que l'exploitation des théâtres nationaux est un service public (C. d'Et. 27 juillet 1923, Gheusi) : sans cette action de l'administration, l'art dramatique et lyrique français serait menacé, l'initiative privée ne pouvant suffire en l'occurrence. En considération de circonstances exceptionnelles⁹, le Conseil d'Etat a validé la délibération d'un conseil municipal créant

⁸ « Lorsque l'Etat, le département ou la commune organisent un service public, soit qu'ils en assurent directement le fonctionnement et l'exploitation, soit qu'ils les concèdent à des tiers, c'est pour procurer à la collectivité la satisfaction de besoins généraux auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction imparfaite et intermittente » (Helbronner, conclusions dans l'affaire Syndicat national des Chemins de fer, C. d'Et. 18 juillet 1913, Rev. du Droit pub., 1913, p. 570, note 1). — Dans le même sens : Colson, Traité d'économie politique, II, p. 385 ; Tardieu, conclusions dans l'affaire Winkel, C. d'Et. 7 août 1909, Leb. 1302 : « Quand l'Etat, les départements ou les communes se substituent à la libre initiative des particuliers, c'est le plus souvent afin de procurer à tous les habitants de la France, sur les points les plus reculés du territoire, la satisfaction de besoins généraux auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction incomplète et intermittente. »

⁹ Voyez G. Jèze, Les éléments essentiels du service public, Rev. du Droit pub., 1913, p. 512 et s. ; Corneille, conclusions affaire Astruc ; Jean Appleton, Traité du contentieux administratif, p. 115 et 198, et note sous divers arrêts Cour de Cassation, D. 1926.1.177.

dans une commune un service public médical en l'absence de tout médecin exerçant régulièrement et de façon permanente dans la localité (C. d'Et. 7 août 1896, Bonnardot, Leb. 642); il a jugé possible la création, par la Ville de Paris, d'un service de bains-douches gratuits, l'exploitation dans une agglomération ouvrière d'un lavoir public presque gratuit (C. d'Et. 9 février 1916, Chambre syndicale des Propriétaires de bains, Leb. 91; 19 avril 1918, Chapelon, Leb. 343); l'existence de tels établissements gratuits est indispensable à l'hygiène publique, et les philanthropes sont rares.

L'intention de l'administration de créer un service public ne se reconnaîtra qu'à un certain nombre de signes¹⁰, notamment aux mesures prises par l'autorité chargée des intérêts collectifs en cause pour assurer la création du service et sa durée; pour en réglementer le fonctionnement : ainsi on reconnaîtra le service public à ce qu'il devra fonctionner au profit de tous les individus entrant dans les conditions prévues par les règlements; s'il est confié à un particulier, il n'y en aura pas moins, à la base du service, une réglementation qui sera l'œuvre du cahier des charges, lequel déterminera toujours le maximum des taxes à percevoir; les pouvoirs publics, quel que soit le mode d'exploitation du service, en conserveront la maîtrise ou

¹⁰ M. G. Jèze, *Le service public*, Revista de Drept public, 1926, p. 171, écrit : « Sont uniquement, exclusivement services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public, l'intention des gouvernants est seule à considérer... » — M. Corneille, dans ses conclusions sur l'affaire Astruc (C. d'Et. 7 avril 1916, Rev. du Droit pub., 1916, p. 368), dit également : « La notion de service public est une notion en quelque sorte subjective; elle dépend pour la plus grande part de l'intention de l'autorité chargée d'organiser le service. Voyez d'ailleurs l'arrêt Thérond (4 mai 1910, Leb. 497) : le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent parce que la ville (en cause) avait eu en traitant avec le sieur Thérond pour but d'assurer un service public. Ce que l'arrêt met en relief, c'est l'intention de la ville. »

le contrôle, ils pourront en modifier le fonctionnement, ils veilleront à sa continuité; encore, dans l'intérêt de la bonne marche du service, des charges spéciales seront établies que subiront notamment les usagers (taxes) ou d'autres individus (charges publiques pesant sur les riverains des voies ferrées, des voies publiques); souvent le service public sera un service monopolisé¹¹.

Nous tenterons donc de définir le service public : toute entreprise organisée par l'administration en vue de satisfaire un besoin qui est considéré comme essentiel, et ne peut être satisfait complètement que par l'intervention de l'administration; entreprise qu'en outre l'administration a montré l'intention d'organiser en service public en lui conférant des prérogatives et des sujétions exorbitantes du droit commun¹².

¹¹ Le caractère de service monopolisé était le critérium du service public autrefois proposé par le conseiller Féraud-Giraud dans son rapport devant la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation, le 8 juillet 1889 (Gazette Pal. 1889.2.253). Voyez également : Hauriou, note sous C. d'Et. 20 février 1891, Chemins de fer du Midi, S. 1893.3.17; Michoud, Responsabilité de l'Etat, n° 27; Teissier, Responsabilité de la puissance publique, n° 72 et s. Le monopole appartenant au service est, dit M. Jèze (Contrats adm., p. 223), « très ordinairement l'un des signes les plus probants que le service est origé en service public ». De même, M. Rivet, dans ses conclusions sur l'affaire Lafregeyre, C. d'Et. 26 janvier 1923, Rev. du Droit pub., 1923, p. 245 : « Pour les services légalement monopolisés... l'existence même du monopole écarte toute idée de comparaison possible avec l'industrie privée, »

¹² M. Duguit (Droit constitutionnel, 2^e éd., 1923, t. II, p. 55) définit ainsi le service public : « Toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante. »

M. Jèze (Revista, 1926, p. 172 et s.) reproche à M. Duguit de confondre le point de vue sociologique et le point de vue de la technique juridique : quand on recherche le critérium du service public, on veut obtenir le critérium *juridique* permettant de dire que dans tel cas il y a service public proprement dit;

Ajoutons que « la règle commune en France, c'est que les entreprises publiques constituent des services publics proprement dits »¹³. Ainsi, en cas de doute, la qualification de service public doit l'emporter.

Enfin il faut noter, puisque nous traitons de la notion de service public à l'occasion de la concession, que si, en fait, à l'heure actuelle, il n'y a guère concession de service public que pour les services d'ordre économique, pour ceux qu'on appelle les services publics industriels, rien ne s'oppose, en théorie, à ce que la concession de service public soit employée pour d'autres services¹⁴ : les grandes compagnies de colonisation ont naguère géré les services de police et de justice; nous avons eu l'occasion de signaler déjà la ferme des impôts sous l'Ancien Régime et la ferme de diverses taxes communales.

Puisqu'il n'y a pas de concession sans service public géré, c'est à ces idées qui viennent d'être évoquées sur la notion de service public qu'on se reportera nécessairement, tout d'abord, chaque fois qu'il s'agira de déterminer si une situation juridique donnée mérite ou non de jouir du régime des concessions.

avec le critérium de M. Duguit, on ne sait pas ce qui, à un moment donné, est service public. — Nous nous rangeons à l'opinion de M. Jèze.

Pour M. Hauriou (Précis, 11^e éd., p. 15 et 16), le service public est une « organisation de pouvoirs, de compétences et de mœurs assumant la fonction de rendre au public, d'une façon régulière et continue, un service déterminé, dans une pensée de police au sens élevé du mot », c'est-à-dire pour la satisfaction de l'ordre public. C'est là plutôt une description externe du service public.

Voyez également sur la notion de service public les opinions de M. Jèze, dans ses réflexions sur l'arrêt Astruc, Rev. du Droit pub., 1916, p. 363 et s.; de M. Mestre, note sous Toulouse 19 février 1919, S. 1922.2.89.

¹³ Rolland, Précis, n° 27.

¹⁴ En ce sens : Duguit, De la situation des particuliers à l'égard des services publics, Rev. du Droit pub., 1907, p. 411 et s., surtout p. 425 et s.; Traité de Droit constitutionnel, 2^e éd., t. II, 1923, p. 54 et s.

§ 2.

Examen de quelques situations juridiques auxquelles la nature de concession de service public a été contestée.

Précisément, c'est dans la question de savoir si le service géré est bien un service public, que réside la solution des controverses qui s'élèvent sur la nature des situations juridiques suivantes : celles des concessionnaires de distribution d'énergie électrique, de mine, d'établissement thermal, d'entreprise de spectacles.

**

M. Rolland ¹⁵ classe sous le titre général d' « entreprises privées d'intérêt général » à la fois les entreprises de production et de distribution d'énergie électrique et les entreprises de mines. Et, à leur propos, il précise, après avoir signalé l'accroissement du nombre de ces entreprises et l'intervention de plus en plus forte de l'administration dans leur vie : « Ainsi apparaît, à côté du droit des services publics, un droit encore très rudimentaire de ces entreprises. Il est probable que ce droit est appelé à un grand développement. Les personnes morales *hésiteront de plus en plus à créer des services publics.* »

Ainsi, pour M. Rolland, concessions de forces hydrauliques, concessions de distribution d'électricité, concessions de mines, ne sont pas des concessions de services publics.

Que faut-il en penser?

¹⁵ Précis, n° 774.



Réservant pour une étude toute particulière les concessions de forces hydrauliques, nous nous occuperons d'abord des *concessions de distribution d'électricité*.

La loi du 15 juin 1906 les a réparties en deux catégories : les concessions simples, les concessions déclarées d'utilité publique.

Suivant M. Rolland¹⁶, le *concessionnaire simple* n'est pas dans une situation différente de celle de l'entrepreneur qui est titulaire seulement d'une permission de voirie, régime également prévu par la loi de 1906; le concessionnaire simple ne saurait être assimilé à un concessionnaire de service public parce qu'il n'a point de service public à exploiter; il est un particulier gérant une entreprise d'intérêt général contrôlée. Quant à la *concession déclarée d'utilité publique*, elle n'est, elle aussi, « autre chose qu'une entreprise privée d'intérêt général *très contrôlée* »¹⁷.

M. Jèze¹⁸ pense, au contraire, qu'il y a, « sans hésitation possible », concession de service public dans la *concession déclarée d'utilité publique*. En effet, dit-il, la loi de 1906 (art. 12)

¹⁶ Précis, n° 807.

¹⁷ Pour être complet, nous signalons que M. Rolland estime néanmoins que les travaux des deux catégories de concessionnaires de distribution d'électricité sont des travaux publics. Cette affirmation pourrait nous amener à nous poser des questions analogues à celles que soulève l'attitude du Conseil d'Etat en matière de concessions de forces hydrauliques. Nous n'insistons cependant pas sur ce point, et nous avons maintenu l'étude des concessions de distribution dans ce chapitre, parce que l'opinion de M. Rolland nous a paru isolée et que la jurisprudence présente en matière de concession de distribution un aspect tout différent de celui qu'elle a en matière d'entreprises de production.

¹⁸ Les contrats administratifs, p. 119 et s.

décide que la déclaration d'utilité publique investit le concessionnaire des droits qui appartiennent à l'administration pour l'exécution des travaux publics, du droit d'exproprier au nom de l'autorité concédante, du droit d'établir à demeure des supports et ancrages pour conducteurs aériens sur les maisons des particuliers, du droit de faire passer les conducteurs d'électricité au-dessus des propriétés privées ou d'établir des canalisations à demeure dans les propriétés des particuliers, etc... Tout cela suppose essentiellement qu'il y a organisation d'un service public véritable.

Mais il n'en est pas de même, continue M. Jèze, dans la *concession simple*. L'existence d'un cahier des charges, d'un tarif maximum pour la vente au public, l'abandon à l'administration des installations en fin de concession, n'impliquent pas qu'il y ait service public de distribution. Ces obligations se retrouvent dans des entreprises qui ne sont certainement pas des services publics. Par exemple, le « concessionnaire d'une ligne téléphonique privée » qui occupe la voie publique passe, avec l'administration, d'après le Conseil d'Etat, un contrat. (C. d'Et. 16 novembre 1900, Leboucher, Leb. 626.) Le concessionnaire d'un terrain, en vue de la construction d'un théâtre qui, en fin de concession, deviendra la propriété de l'administration, n'est pas nécessairement un concessionnaire de service public. (C. d'Et. 14 avril 1916, Astruc.) « Les boulangers et les bouchers sont, en France, des entrepreneurs privés, bien que la loi prévoie l'établissement de tarifs maxima. » De plus, l'initiative de la création de l'exploitation émane de l'entrepreneur et non de l'administration, « ce qui est, dit M. Jèze qui rappelle les conclusions de M. Corneille dans l'affaire Astruc, un signe caractéristique de l'entreprise privée; les travaux effectués par les concessionnaires simples ne permettent certainement pas l'expropriation pour cause d'utilité publique (argument *a contrario* de l'article 12); les sommes payées par le public à ce conces-

sionnaire ne sont pas des taxes proprement dites; le tarif n'est pas fixé ni homologué par acte administratif, l'administration ne fixe qu'un tarif maximum..., etc... ». M. Jèze en conclut qu'il est très douteux que la « *concession simple d'occupation du domaine* », en vue d'une distribution publique d'énergie électrique, soit « nécessairement » une concession de service public, « il peut y avoir *entreprise privée* de distribution avec concession d'occupation du domaine public ».

Nous ne suivrons ni M. Rolland, ni même M. Jèze, en tant du moins que celui-ci distingue entre les deux classes de concessions. Reprenons le cas de la concession simple — si elle est une concession de service public, il en sera de même à fortiori de la concession déclarée d'utilité publique. Si le cahier des charges, le tarif maximum, l'attribution des installations à l'administration en fin de concession, ne constituent pas à eux seuls des éléments suffisants pour révéler l'existence d'un service public, leur groupement crée déjà une forte présomption. Est-elle détruite par les autres arguments de M. Jèze? Non. En d'autres matières, on rencontre des hypothèses où l'administration n'a pas l'initiative de la création de l'entreprise, et où pourtant il y a bien organisation d'un service public. Dans le cas de fondation pour la création d'un établissement hospitalier, par exemple, si l'administration accepte la libéralité, il se peut qu'elle crée un service public d'assistance sans en avoir eu l'initiative. Par ailleurs, le concessionnaire ne doit-il pas fournir son courant à toute personne qui le demande, aux clauses et conditions de son cahier des charges, et notamment dans certaines conditions de tension et à certains tarifs? En outre, les cahiers des charges et les textes réglementaires autorisent l'application de mesures régaliennes pour instituer le service (privilège pour l'éclairage privé en cas de concession communale) et pour en assurer le fonctionnement (contrôle administratif, rachat à toute époque ou après un certain temps, mise en régie provisoire et déchéance d'office). Ce

sont bien là des signes caractéristiques du service public. Sans doute, le concessionnaire simple n'a aucun droit sur les propriétés privées¹⁹, mais c'est là une simple dérogation voulue par la loi aux prérogatives normales des entrepreneurs de travaux publics.

Nous adhérons donc à l'opinion de la jurisprudence²⁰ et de la majorité des auteurs²¹ selon laquelle tous les concessionnaires de distribution d'énergie électrique sont des concessionnaires de service public.

¹⁹ M. Colombet, dans sa thèse, *Des droits du distributeur d'énergie électrique vis-à-vis des propriétaires*, Paris, 1925, p. 86, soutient que le concessionnaire simple, étant un concessionnaire de travaux publics, jouit de l'occupation temporaire. M. Hauriou, *Précis*, 11^e éd., p. 831, et M. Blaevot, *Rev. du Droit pub.*, 1926, p. 59, se prononcent dans le même sens. — Sans doute, selon nous, le concessionnaire simple est bien un concessionnaire de travaux publics; néanmoins, nous ne croyons pas qu'il ait droit à l'occupation temporaire: il suffit, nous semble-t-il, pour s'en convaincre, de comparer les articles 12 et 10 de la loi de 1906. L'article 12 réserve expressément au seul concessionnaire déclaré d'utilité publique tous les droits qui sont conférés à l'administration en matière de travaux publics, c'est-à-dire droit à l'expropriation, à l'occupation temporaire; la loi de 1906 ajoute certaines servitudes spéciales. En matière de concession d'énergie électrique, pour que le concessionnaire ait droit à l'occupation temporaire, il faut donc, à la différence des autres travaux publics, qu'il soit déclaré d'utilité publique; c'est une dérogation au principe général.

²⁰ La Cour de Cassation ne distingue pas entre concession simple et concession déclarée d'utilité publique (Cass. civ. 3 décembre 1923, *Société de l'Est Electrique*, D. 1926.1.63, S. 1924.1.293, note de M. Achille Mestre; *Rapprocher* Cass. civ. 25 avril 1923, *l'Etat et Desauty contre époux Pellé*, *ibid.*).

²¹ En ce sens: Hauriou, *Précis*, 11^e éd., p. 831; Blaevot (Ch.), *Revue du Droit public*, 1926, p. 58 et s.; Achille Mestre, note S. 1924.1.289; André Pépy, note au D. 1926.3.68 et 69. — Le Répertoire du Droit administratif de Béquet, V^o Travaux publics (t. XXV, 1908), n^o 52, parlant des concessions de la loi de 1906, considère les concessions simples aussi bien que les concessions d'utilité publique, comme des *concessions de travaux publics*.



La concession de mines. — Déjà, de très bonne heure, sous le régime de la loi du 21 avril 1810, on remarque chez certains auteurs une tendance, et même un effort pour rapprocher la concession de mines de la concession de travaux publics²². On sait, d'autre part, les tentatives faites par l'administration pour imposer aux concessionnaires de mines certaines conditions (participation de l'Etat aux bénéfices) qui conduisaient à une assimilation des concessions de mines aux concessions de travaux publics, et on se rappelle le célèbre avis du Conseil d'Etat du 26 décembre 1907, rendu sur le rapport de M. Colson (D. 1908.3.45, notes 1 et 2), qui condamne ces pratiques : « On ne saurait établir, disait cet avis, aucune analogie entre la concession de travaux publics par laquelle une autorité confie à une société privée la gestion d'un service public, sous des conditions déterminées spécialement dans chaque cas et pour une durée limitée, et la concession de mines, par laquelle la puissance publique institue une propriété perpétuelle dont le régime est fixé par les lois du 21 avril 1810 - 27 juillet 1880. »

La loi du 9 septembre 1919, en supprimant pour l'avenir la perpétuité des concessions, en leur fixant une durée déterminée, en faisant participer l'Etat aux bénéfices des exploitations, a nettement orienté dans le sens administratif tout ce qui concerne les exploitations minières.

M. Jean Appleton²³ ne craint pas d'affirmer que la loi de

²² Voy. par ex., en 1862, Bouchéné-Lefer, p. 232, et, à la fin du XIX^e siècle, en 1893, Hauriou, Précis, 2^e éd., p. 638. Il est même très curieux de lire dans le grand Répertoire Dalloz, V^o Concession administrative n^o 117 : « Les concessions de mines sont des concessions de travaux publics. »

²³ Contentieux, n^o 93 (p. 176).

1919 a eu pour résultat de faire de l'exploitation des mines un véritable service public. Et ses arguments sont les suivants : cette loi prévoit l'exploitation des mines par les modes propres au Droit public : régie directe, régie intéressée, concession ; en cas de concession, un cahier des charges règle minutieusement les rapports entre le pouvoir concédant et le concessionnaire ; la concession est toujours faite pour une durée limitée, et la fin de la concession comporte le retour gratuit à l'Etat, non seulement de la mine proprement dite, mais des terrains et des installations de toute nature servant à l'exploitation ; la loi prévoit aussi un partage de bénéfices entre l'Etat et le concessionnaire ²⁴.

La concession de mines est donc, pour M. Appleton, une concession de service public. Mais l'exploitation des mines comporte des « travaux » : elle est même un travail constant. Faudra-t-il dire que la concession minière est une de ces concessions de service public qu'on nomme concession de travaux publics et dont le contentieux appartient non point au Conseil d'Etat, juge ordinaire des concessions de service public, mais au Conseil de Préfecture ? M. Appleton ne pense pas que les travaux de mines puissent « être assimilés à de *véritables* travaux publics ». Il ne dit pas pourquoi. Serait-ce qu'il estime que l'ouvrier qui détache de la paroi de la galerie des blocs de houille n'exécute pas un travail public ? Sans doute, et si nous devons admettre que la concession de mine est une concession de service public, nous partagerions son avis. Mais peut-on

²⁴ L'article final du cahier des charges-type des concessions de mines, approuvé par décret du 21 avril 1920 (J. O. du 24 avril 1920), dispose que les litiges qui pourront s'élever entre le concessionnaire et l'administration, sur l'interprétation du cahier des charges, seront soumis, avant qu'il y soit statué *par la juridiction administrative*, à une commission de conciliation. On ne peut évidemment pas argumenter de ce texte en faveur de l'idée que l'exploitation des mines serait un service public ; un simple décret ne peut régler la compétence des juridictions.

traiter de même, comme des travaux privés, des opérations comme le forage des puits? Il nous semble que si l'exploitation des mines est un service public, de tels travaux sont nécessairement des travaux publics. Or, M. Appleton déclare : « Nous croyons qu'il faut... attribuer au Conseil d'Etat la connaissance de tous les litiges qui peuvent naître entre le concédant et le concessionnaire temporaire de mines. » Comment l'éminent auteur peut-il arriver à cette solution, alors qu'il n'est pas douteux que si l'exploitation des mines est un service public, certains travaux, au moins les travaux d'aménagement de l'exploitation, sont des travaux publics?

M. Appleton invoque et généralise le texte lui-même de la loi de 1919 (art. 2, n° 6) qui donne compétence au Conseil d'Etat en premier et dernier ressort sur la plus importante des contestations susceptibles de surgir entre le concédant et le concessionnaire, celle relative à la déchéance des concessions pour inobservation des obligations imposées au concessionnaire et à l'allocation de l'indemnité qui peut être due au concessionnaire dépossédé. Il veut voir dans cette disposition la preuve que l'idée de travail public n'a pas paru au législateur « dominante » dans la concession de mines.

M. Appleton veut-il dire par là que des travaux comme ceux d'aménagement de l'exploitation ne sont pas la fin même de l'exploitation, mais leur simple moyen; que par suite il est très admissible que le juge ordinaire des concessions de service public soit ici compétent et que, dès l'instant que la loi a prévu sa compétence dans un cas comme celui de la déchéance, il faut le reconnaître compétent d'une manière générale?

Pour notre part, nous ne croyons pas que l'exploitation des mines soit un service public ²⁵. Elle correspond sans le moindre

²⁵ En ce sens : Duguit, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., t. V, p. 276 et s.; Hauriou, *Précis*, 11^e éd., p. 834 : « La concession de mines se rapproche du

doute à un de ces besoins essentiels qui justifient l'érection d'une entreprise en service public. Mais le législateur de 1919, bien qu'il ait rapproché autant qu'on peut le faire la concession de mines de la concession de service public, n'a pas eu l'intention de faire de l'exploitation minière un service public.

Le fait même que le texte précise que la loi de 1810 s'applique aux nouvelles concessions dans toutes celles de ses dispositions qui ne sont pas inconciliables avec la loi de 1919, est déjà une indication.

Mais, surtout, il y a une grande distance entre le concessionnaire de mines de 1919 et le concessionnaire de service public.

Le concessionnaire de 1919 a bien l'obligation d'établir les installations nécessaires à l'extraction du minerai; mais le cahier des charges ne détermine pas quelles sont ces installations et ne fixe aucun délai d'exécution, car, ces travaux, c'est pour lui avant tout qu'il les fait.

Le concessionnaire a bien l'obligation d'exploiter le gisement concédé, mais il est le maître de son exploitation; il n'est soumis à aucune règle, notamment en ce qui concerne l'emploi des produits de la mine : il les vend à qui il veut, comme il veut et au prix qu'il veut.

Il n'est donc à aucun degré un représentant de l'administration; il exploite pour son compte une richesse naturelle. Seulement, l'exploitation de cette richesse présente un intérêt primordial pour la collectivité : celui qui la met en valeur bénéficie donc d'un traitement privilégié : il reçoit de la loi certaines prérogatives exorbitantes du droit commun : droit d'occupation des terrains situés à la surface du sol (loi du 21 avril 1810, art. 43); possibilité de recourir dans certains cas à l'expropria-

type de la concession de *travaux publics* » ; Berthélemy, *Traité*, 11^e éd., p. 837 et 841 (note) ; A. Pépy, note au D. 1926.3.65 ; Josse, conclusions dans l'affaire de Sigalas, C. d'Et. 22 juin 1928.

tion (art. 44). Mais le concessionnaire n'étant pas le représentant de l'administration, les droits qui lui sont conférés ainsi sont limités : le concessionnaire minier ne jouit pas du droit d'occupation temporaire de la loi du 29 décembre 1892, et il ne peut exproprier que pour certains ouvrages strictement déterminés; par contre, l'Etat n'a pas sur lui les mêmes moyens d'action que sur le concessionnaire de travaux publics : pas de clause de rachat anticipé, limitation très stricte des causes de déchéance.

Le Conseil d'Etat, dans deux litiges entre l'Etat et le concessionnaire (pour le règlement des comptes) (C. d'Et. 4 juin 1926, Compagnie des Houillères Lyonnaises, Leb. 563; même date, Compagnie des Charbonnages de Lyon), a admis sa compétence directe, ce qui implique, a dit M. le Commissaire du Gouvernement Josse²⁶ au cours de ses conclusions dans l'affaire de Sigalas dont il sera longuement question plus loin, que, dans la concession de mines de la loi de 1919, « il y a bien contrat administratif, mais non pas concession de travaux publics ».



Concessions d'établissements thermaux. — On a longtemps refusé de voir dans l'exploitation des sources minérales un service public, et on décidait ainsi, aussi bien pour les sources appartenant à l'Etat que pour celles qui étaient la propriété d'une collectivité inférieure.

Pour les premières cependant, un arrêté des consuls du 3 floreal an VIII attribuait compétence aux conseils de préfecture sur les contestations nées des baux les affermant (art. 2), et

²⁶ Qui avait conclu dans les deux affaires jugées le 4 juin 1926.

surtout prescrivait que le cahier des charges de ces marchés contiendrait « le prix des eaux, bains et douches » (art. 1^{er}).

Cette disposition, dans laquelle on aurait pu au moins puiser un élément assez sérieux pour considérer les sources de l'Etat comme érigées en service public, était interprétée par la jurisprudence aussi strictement que possible.

D'abord, évidemment, la compétence était judiciaire et le droit privé tenu pour applicable en matière de baux des sources appartenant à des personnes publiques autres que l'Etat. (C. d'Et. 4 décembre 1822, Hospices de Bagnères, Leb. 1822, II, 441.)

L'administration tenta vainement de faire triompher une interprétation extensive de l'arrêté des Consuls : l'Ordonnance du 18 juin 1823, titre III, art. 22, porta que : « Les clauses des baux (des sources appartenant à l'Etat, aux départements, aux communes et aux établissements charitables) stipuleront toujours que la résiliation pourra être prononcée immédiatement par le Conseil de Préfecture en cas de violation du cahier des charges. » Le Conseil d'Etat, après une hésitation (C. d'Et. 6 avril 1854, Bouvelle, Leb. 280) ²⁷, ne reconnut aucune portée aux prescriptions de l'Ordonnance de 1823. (C. d'Et. 20 juin 1861, Morel, Leb. 529, note) ²⁸.

Bien plus, on déclarait que la gestion des sources de l'Etat n'était pas un service public, et on en déduisait que les travaux faits en vue de l'exploitation d'un établissement thermal de l'Etat n'étaient pas des travaux publics, que le contentieux de ces travaux revenait aux tribunaux judiciaires. En particulier,

²⁷ Par cet arrêt, le Conseil d'Etat avait admis implicitement la compétence administrative pour le bail des sources thermales de Saint-Amand, appartenant au département du Nord.

²⁸ « Aucune disposition législative n'attribue aux Conseils de Préfecture le pouvoir de statuer sur les contestations qui peuvent s'élever au sujet de l'exécution des baux faits pour la location des sources minérales appartenant aux communes. »

les « routes thermales », exclusivement destinées à favoriser l'accès des sources et leur exploitation, ne sont pas, disait-on, des ouvrages publics proprement dits ²⁹.

Ces solutions sont aujourd'hui abandonnées. L'exploitation des sources minérales est entreprise dans l'intérêt de l'hygiène et de la santé publiques, dont l'administration ne peut plus, à l'époque où nous vivons, se désintéresser; la gestion d'un établissement thermal peut être un service public.

Dès 1866, le Conseil d'Etat a déclaré travaux publics tous travaux exécutés par l'Etat dans un établissement thermal (C. d'Et. 8 mars 1866, Lafond, Leb. 230. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Aucoc) : « Toujours, le législateur, disait Aucoc, a vu dans la gestion de ceux de ces établissements qui appartiennent à l'Etat, non pas l'exploitation d'un domaine en vue d'obtenir des revenus, mais un véritable service public, le service de la santé publique. »

En ce qui concerne les sources des départements, communes et établissements publics, on a pensé, plus récemment, qu'elles peuvent être érigées en service public, et le contrat par lequel une commune charge une société privée d'exploiter une source lui appartenant, dans des conditions qui révèlent l'intention de l'administration de faire de cette entreprise un service public, est une concession de service public ³⁰. Elle n'est pas un bail du domaine privé de la commune conclu dans les conditions du Droit civil ³¹. (C. d'Et. 28 juin 1918, Société Générale Ther-

²⁹ Laferrière, Juridiction administrative, 2^e éd., 1896, I, p. 593.

³⁰ Peu importe que généralement les sources et leurs dépendances, quand elles appartiennent à des personnes administratives, soient dans leur domaine privé. Il n'y a nullement concordance entre l'idée de domaine public et celle de service public (Voyez Al. Mestre, note sous Toulouse 19 février 1919, S. 1922.2.89).

³¹ A défaut de dispositions prises par l'administration établissant la volonté de celle-ci de créer un service public, il ne saurait être question de service

male et Balnéaire (Thermes et Casino de Luchon), D. 1918.3.31; Toulouse 19 février 1919, Société Thermale des Pyrénées, S. 1922.2.89, note de M. Mestre; Cass. Civ. 4 janvier 1922, Société Générale Thermale et Balnéaire, D. 1922.1.45, S. 1923.1.213)³². La concession de service public qu'est la concession d'établissement thermal entre ordinairement dans la catégorie particulière des concessions de travaux publics. (C. d'Et. 8 août 1921, Luiggi, Leb. 865.)

**

Concessions d'entreprises de spectacles. — D'après la Cour de Cassation, l'exploitation des théâtres nationaux n'est pas un ser-

public et de concession de service public : il ne s'agirait bien que du bail d'une dépendance du domaine privé de la personne publique ; — c'est là sans doute l'explication de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 8 février 1928, Néron c. commune de Laruns, D. hebdomadaire. 1928.167. En matière d'établissement de l'Etat, il y a toujours service public.

³² L'arrêt de la Cour de Toulouse du 19 février 1919 relève avec soin les raisons qui militent en faveur de l'opinion que l'exploitation de l'établissement thermal de Luchon est un service public, et le marché la concédant une concession de service public, et non point un bail à loyer : les sources de Luchon sont affectées à un service d'utilité générale, celui de la santé publique ; elles ont été déclarées d'intérêt public ; le Ministère de l'Intérieur réglemente l'admission au traitement gratuit ; le contrat fixe le tarif des prix pour l'usage des eaux.

La déclaration d'intérêt public des sources grève les propriétés comprises dans le périmètre de protection de certaines servitudes ; les lois des 13 avril 1910 et 24 septembre 1919 prévoient que, même sans l'assentiment de la commune propriétaire des sources, un établissement public peut être créé en vue de représenter les intérêts de la station : la chambre d'industrie thermique ; qu'une taxe spéciale peut être levée sur les baigneurs ; les chambres thermales ont le droit de procéder à des travaux d'amélioration de la station qui sont des travaux publics et, en leur nom, les communes poursuivent, s'il y a lieu, les expropriations nécessaires. Toutes les stations thermales possèdent ces prérogatives ; celles-ci orientent nettement toutes les exploitations d'établissements thermaux appartenant aux collectivités publiques, vers la condition de service public.

vice public; la Cour suprême l'a jugé pour l'Opéra-Comique, et cet arrêt emprunte une autorité toute particulière au fait que la Cour a statué sur les conclusions conformes du Procureur général Laferrière qui venait, pendant vingt ans, de remplir un rôle décisif dans la constitution et l'orientation de la jurisprudence administrative. (Cass. civ. 12 juin 1901, Etat contre Dessauer, D. 1902.1.371. Conclusions de M. le Procureur général Laferrière, S. 1901.1.41. Note de M. Ferron; sur pourvoi contre un arrêt de la Cour de Paris du 21 juin 1898, D. 1899.2.289. Note de M. J. Appleton.)

Au contraire, le Conseil d'Etat a toujours estimé qu'il y avait dans cette même exploitation des théâtres nationaux un service public : il s'est prononcé en ce sens dès 1856, à propos de l'Opéra (C. d'Et. sur Conflit, 27 novembre 1856, Dudon, Leb. 660)³³, et en 1923, à propos de l'Opéra-Comique : dans cette dernière décision, le Conseil d'Etat en a conclu que le directeur du théâtre est un concessionnaire de service public. (C. d'Et. 27 juillet 1923, Gheusi, D. 1923.3.57. Note de M. Appleton; S. 1926.3.14; Revue du Droit public 1923, 560. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Mazerat)³⁴.

La même solution doit-elle être donnée pour les théâtres et

³³ « Le sieur Roqueplan avait entrepris l'exploitation de l'Opéra en vertu d'un traité passé avec le Ministre de l'Intérieur...; le traité avait pour objet l'exploitation de l'Académie royale de musique avec une subvention payée sur les fonds du Trésor, dans des bâtiments qui étaient la propriété de l'Etat et avaient été affectés par lui à cette destination. Il comprenait, en outre, l'entretien, la conservation et le renouvellement d'un matériel appartenant à l'Etat. Ainsi, il avait le caractère d'un marché administratif. »

³⁴ L'arrêt s'attache à préciser les circonstances qui révèlent l'intention de l'administration de faire de l'exploitation un service public : subvention, tarif maximum, dispositions précises et détaillées relatives aux engagements, programmes, nombre des représentations, relations quotidiennes entre l'administration et le concessionnaire, contrôle de la gestion par l'administration, sanction possible du retrait de l'autorisation.

les casinos municipaux? Le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation ont, à plusieurs reprises, refusé de considérer l'exploitation de théâtres comme service public. (C. d'Et. 16 avril 1863, Berr, Leb. 312; 5 décembre 1906, Ville de Lyon, 1^{re} espèce, D. 1909.3.73; Cassation 18 juin 1912, Ville de Biarritz; C. d'Et. 7 avril 1916, Astruc, S. 1916.3.49. Note de M. Hauriou; Revue du Droit public 1916, 377. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Corneille; 12 mai 1922, Ville de Saint-Malo, Revue du Droit public 1922, 549; 18 janvier 1924, Casino de Saint-Malo, Leb. 58.) Dans ses conclusions sur l'affaire Gheusi, M. le Commissaire du Gouvernement Mazerat résumait ainsi la jurisprudence de la haute juridiction administrative : « Le Conseil d'Etat n'admet la compétence de l'autorité judiciaire que dans les cas où le contrat n'a pas pour objet la construction ou l'exploitation de l'établissement théâtral, par exemple dans le cas où une ville s'engage à céder un terrain à un entrepreneur de spectacles en vue de la construction d'un théâtre ou d'un casino *destiné à demeurer établissement privé*. (C. d'Et. 14 avril 1916, Astruc...; 12 mai 1922, Ville de Saint-Malo...) Si le contrat porte sur la construction et l'exploitation de l'établissement, il s'agit d'un marché de travaux publics [il serait plus exact de dire concession de travaux publics]... (C. d'Et. 27 avril 1923, consorts de Fallois) (Casino de Cannes). S'il porte seulement sur l'exploitation de l'établissement, on est en présence d'une concession de service public... (C. d'Et. 28 juin 1918, Société Générale Thermale et Balnéaire... (Casino et Thermes de Luchon); 8 août 1919, Berck, Leb. 742 (théâtres municipaux de Hanoï et de Haï-phong). »

M. Mazerat interprète donc l'arrêt Casino de Saint-Malo de 1922 comme l'arrêt Astruc de 1916 dans ce sens, non pas qu'un théâtre ou Casino municipal n'est jamais un service public, mais en ce sens qu'il peut l'être si telle a été la volonté du Conseil municipal, de sorte que, pour savoir s'il y a ou non service

public, il faut rechercher l'intention du Conseil municipal. C'est sans doute également ainsi qu'il convient d'interpréter l'arrêt Casino de Saint-Malo de 1924.

M. Jèze³⁵ critique assez vivement l'arrêt Gheusi, et à fortiori l'opinion de M. Mazerat sur les théâtres et casinos municipaux. « Il ne suffit pas, pour qu'il y ait service public proprement dit, qu'une organisation soit faite par l'administration en vue de donner satisfaction à l'intérêt général. Il faut plus que cela. Il faut que le fonctionnement régulier et continu du service soit tellement essentiel qu'il justifie l'application de règles propres exorbitantes du droit privé. » M. Hauriou³⁶ écrit : « On peut poser, en principe, que les services publics doivent être des entreprises complètement bonnes et utiles pour la vie sociale, à moins qu'elles ne soient tellement nécessaires que cette nécessité même fasse passer par-dessus leurs inconvénients. » Or, les manifestations théâtrales sont mélangées de bien et de mal, d'avantages et d'inconvénients, et il n'y a pas de nécessité publique qui permette de négliger ces inconvénients. M. Berthélemy, au contraire, pense que les théâtres nationaux sont des services publics³⁷.

Nous avons déjà exprimé l'opinion qu'il ne peut y avoir organisation de service public que dans l'intérêt de besoins dont la satisfaction est indispensable dans un temps donné et ne peut être suffisamment assurée par l'initiative privée. L'existence de théâtres comme la Comédie-Française, l'Opéra, l'Opéra-Comique, répond à une exigence certaine de notre civilisation³⁸, à

³⁵ Les contrats administratifs, p. 123 et s.

³⁶ Précis, 11^e éd., p. 683, n. 2; note sous C. d'Et. 7 avril 1916, Astruc, S. 1916.3.49.

³⁷ Précis, 10^e éd., p. 815, n. 1.

³⁸ L'évolution qui nous a portés là est la même qui a conduit à l'expropriation dans l'intérêt de l'esthétique.

laquelle en outre seule l'intervention de l'Etat peut faire face d'une façon complète. M. Mazerat l'a noté dans ses conclusions sur l'affaire Gheusi. Nous admettons que l'exploitation des théâtres nationaux soit un service public, lorsque apparaît — et c'est toujours le cas en fait pour eux — le désir de l'administration d'organiser l'entreprise en service public.

On n'aperçoit pas au contraire beaucoup d'hypothèses où le besoin de divertissements artistiques plus modestes, qui provoque la création des théâtres et casinos municipaux, présente un caractère à ce point essentiel qu'il justifie la création d'un service public³⁹.

L'idée de la moralité nécessaire du service public qu'émet M. Hauriou est juste au fond : le service public ne peut servir des fins immorales; mais l'homme n'est pas parfait, ce sont ses imperfections mêmes qui font de lui un homme; les services publics n'existent que pour une société d'hommes; leurs fins ne participent-elles pas forcément quelquefois à la nature des êtres à qui ils s'adressent?

§ 3.

Les concessions sans travail public.

S'il faut, pour qu'on ait affaire à une concession, qu'il y ait gestion d'un service public dans les conditions d'aléas et de

³⁹ Nous avons failli dire qu'il n'y a pas, à l'époque où nous sommes, d'hypothèses où l'exploitation d'un théâtre ou casino municipal soit un service public. Certaines idées exposées dans l'arrêt de la Cour de Toulouse du 19 février 1919, très curieux à ce point de vue — arrêt dont il a été question à propos des concessions d'établissements thermaux — nous ont incité à être moins catégorique : on peut, en effet, se demander si les grandes stations thermales et balnéaires peuvent, en raison de l'oisiveté forcée des baigneurs, vivre sans entreprises de spectacles, et la vie d'une station thermale intéresse la santé publique.

rémunération qui ont été dites, il *suffit* aussi pour cela qu'il y ait gestion d'un service public dans ces conditions.

L'évolution de la notion de concession a donc singulièrement élargi le domaine de la concession. Tels marchés, procurant la gestion d'un service public par des particuliers, qui jusqu'alors étaient exclus du régime de la concession parce que n'étant pas liés à l'exécution d'un travail public, sont saisis dans le champ de l'institution nouvelle. Les baux administratifs, les marchés de fournitures, les marchés intéressant la grande voirie, qui conduisaient à la gestion d'un service public, sont aujourd'hui autant de concessions de services publics; et il n'est plus besoin de faire appel à des détours comme celui du lien indivisible, pour faire de certains de ces contrats, des concessions.

La « ferme » des octrois et celle des droits de place sont des concessions de service public ⁴⁰.

Le Conseil d'Etat a reconnu une concession de service public dans l'exploitation par un particulier d'un service d'omnibus géré dans certaines conditions établies dans l'intérêt des usagers de la circulation. (C. d'Et. 16 décembre 1921, Sassey, Leb. 1062) ⁴¹. Les concessions de services publics automobiles, de services d'automobiles postales (C. d'Et. 25 novembre 1921, Compagnie générale des Automobiles postales, S. 1923.3.38. Note de M. Hauriou), de services maritimes postaux (C. d'Et. 27 juillet

⁴⁰ En ce sens : Appleton, Contentieux, n° 115; G. Jèze, Contrats administratifs, p. 230 et 231; Trotabas, Des modes d'utilisation du domaine public, p. 133, note 1; Monsarrat, n° 586.

⁴¹ Il n'est pas sans intérêt de relever les formes dans lesquelles la concession qui a fait l'objet de cette affaire avait été donnée : le sieur Sassey avait demandé la concession par lettre : le Conseil municipal, par délibération, avait décidé qu'il y avait lieu de faire droit à la demande; par arrêté, le maire avait accordé « l'autorisation sollicitée » et fixé les conditions de cette autorisation. Le Conseil d'Etat n'en a pas moins vu là une concession de service public.

1917, Messageries maritimes, S. 1917.3.33. Note de M. Hauriou), de transports publics aériens ⁴² sont également des concessions de service public.

L'arrêt Thérond (C. d'Et. 4 mars 1910, S. 1911.3.17. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Pichat. Note de M. Hauriou), qui a donné la même qualification à l'acte par lequel une ville avait conféré à un particulier le privilège de la capture des chiens errants et l'enlèvement des bêtes mortes, est célèbre ⁴³.

Il n'y a pas un simple intérêt de classification ou de vocabulaire à attribuer le nom de concession de service public à certaines situations juridiques insusceptibles autrefois d'être ainsi qualifiées. Par là, on leur procure l'application de règles communes, destinées à donner satisfaction à un but qui leur est commun à toutes, en dépit de leur diversité apparente, et qui est leur but essentiel : la gestion d'un service public; ces règles communes, c'est le droit de la concession, régime de Droit public. En leur reconnaissant à toutes la nature de concession de service public, on les soumet en outre toutes à la compétence administrative.

⁴² Voyez Lampué, Les rapports entre l'Etat et les Compagnies de transports publics aériens, Paris, 1927. Voyez aussi « Le Temps » du 2 mars 1929.

⁴³ « Quelle est la nature du contrat de concession intervenu entre la ville de Montpellier et le sieur Thérond ?, se demande M. Pichat : c'est une *concession de service public*. Elle a, en effet, pour objet l'exécution du service de la sécurité et de la salubrité publiques (L. L. 5 avril 1884, art. 97; 21 juin 1898). Mais ce n'est pas une *concession de travaux publics*. » Mais, plus loin, M. Pichat dit : « Le contrat intervenu entre la ville de Montpellier et le sieur Thérond est le louage de services des art. 1710, 1779 et 1780 du Code civil ayant pour objet l'exécution d'un service public et présentant le caractère d'une concession. » Relevant cette déclaration, M. Jèze proteste : « La terminologie est incorrecte. Si le contrat était un contrat de louage de service du Code civil, ce ne serait pas un contrat administratif, car un contrat civil n'est pas un contrat administratif. »

SECTION III

LA COMPÉTENCE.

Par l'acte qui le lie à l'administration, le concessionnaire ne s'engage pas seulement à collaborer au fonctionnement d'un service public, comme les cocontractants ordinaires de l'administration, le concessionnaire accepte la gestion même d'un service public. La concession se trouve donc placée au sommet de l'échelle des contrats administratifs : elle est, peut-on dire, le plus administratif des contrats administratifs.

Le contentieux de la concession de service public appartient donc sans le moindre doute à la juridiction administrative, par l'application la plus naturelle des doctrines édifiées sur les ruines de la distinction des actes de puissance et des actes de gestion. Il est inutile de préciser que toutes les concessions, celles de services départementaux et communaux comme celles qui sont accordées par l'Etat, ressortissent au juge administratif. (C. d'Et. 4 mars 1910, Thérond; Comp. 6 février 1903, Terrier, S. 1903.3.25. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu. Note de M. Hauriou.) C'est une chose importante si on n'oublie pas que les marchés de fournitures des départements et des communes sont soumis aujourd'hui encore aux tribunaux judiciaires.

La concession de service public n'étant pas de ces marchés dont la connaissance est attribuée par une disposition expresse à une autre juridiction administrative, elle tombe sous la compétence du Conseil d'Etat, juge de droit commun du contentieux administratif ⁴⁴.

On s'arrêterait là si la concession de service public était sortie tout organisée — et avec l'organisation convenant à la notion

⁴⁴ Sur un projet de loi du 25 juillet 1916 attribuant aux Conseils de Préfecture compétence pour toutes les concessions de services publics, cf. G. Jeze, *Revue du Droit public*, 1918, p. 63 et s., surtout p. 76.

nouvelle — du cerveau des juristes, comme Minerve a surgi tout armée du crâne de Jupiter. Ce n'est malheureusement pas ainsi que naissent les théories juridiques, surtout en Droit administratif.

Les notions anciennes ont laissé des traces qui portent quelques atteintes sérieuses aux principes, particulièrement en cette matière de la compétence.

Les concessions qui comprennent l'exécution d'un travail public ont gardé leur nom, et les règles de compétence qui étaient celles de la concession de travaux publics traditionnelle continuent à leur être appliquées. S'il est logique et même inévitable que les Conseils de Préfecture connaissent de tout ce qui est relatif à l'exécution des travaux, on admettrait parfaitement que tout le contentieux qui ne se rattache pas nécessairement à celle-ci, revînt au Conseil d'Etat. Il n'en est rien.

Le procédé du lien indivisible n'a plus de raison d'être. Mais comment anéantir, du jour au lendemain, un principe aussi solidement installé dans la pratique jurisprudentielle? Il demeure entier pour apporter aux Conseils de Préfecture les litiges intéressant les concessions de distribution de lumière et d'eau, les entreprises d'enlèvement des ordures ménagères et des boues (C. d'Et. 11 avril 1924, Magisson, Leb. 400; 19 décembre 1924, Ville de Dieppe, Revue du Droit public 1925, p. 64 et suivantes; 17 juin 1925, sieur Kunian contre Ville de Paris, Leb. 589), les concessions de pompes funèbres, avant comme après la loi du 28 décembre 1904 (C. d'Et. 23 décembre 1925, dame Bava contre Ville de Toulon, Leb. 1047), les marchés pour les services généraux et le travail des détenus dans les prisons (C. d'Et. 28 juillet 1920, Brunswick, Leb. 770). On parle toujours de marchés concernant la grande voirie. (C. d'Et. 14 mai 1924, sieurs Bouly de Lesdain, Leb. 474) ⁴⁵.

⁴⁵ Comparer : C. d'Et. 19 décembre 1913, Drapeyron, Leb. 1280.

Ces résidus des notions anciennes ne présentent pas trop de dangers, puisque aussi bien c'est un tribunal administratif qui est le bénéficiaire de leur survivance.

On ne peut pas en dire de même du cas où c'est la compétence de l'autorité judiciaire qui s'est, grâce à eux, maintenue : ainsi, en matière de ferme ⁴⁶ des octrois : l'article 136 du décret de 1809 vit encore, il faut bien le respecter, et la jurisprudence le respecte avec l'extension aux droits de place et d'abatage qui lui avait été donnée autrefois, mais aussi forcément avec la réserve qu'il comportait. (Cass. 16 février 1915, Ville de Caen contre Servat, D. 1921.1.241; C. d'Et. 27 mars 1925, Servat, D. hebdomadaire 1925.352 ⁴⁷; 8 juillet 1925, Ledard, S. 1925.3.41. Note de M. Hauriou; 9 novembre 1927, Trassard, S. 1928.3.22) ⁴⁸.

Cette attribution de compétence aux tribunaux judiciaires de contrats administratifs présente un double inconvénient. Les tribunaux judiciaires inclinent à appliquer à tous les litiges

⁴⁶ Au point de vue de la terminologie, rien ne s'oppose, théoriquement, à ce qu'on conserve, comme le fait M. Rolland (n° 54), le nom de services affermés à certains services concédés. On désignerait par « fermes » les concessions comportant le versement à l'administration d'une redevance fixée à forfait. La « ferme » serait une variété de la concession de service public, comme la concession de travaux publics en est une.

⁴⁷ Qui contient exactement la même formule que les arrêts du siècle dernier.

⁴⁸ Nous faisons une place à part à un arrêt du Tribunal des Conflits du 22 mars 1920, Ville de Bellème, Leb. 312 : cet arrêt, tout en appliquant le système traditionnel sur la répartition des compétences entre tribunaux judiciaires et conseils de préfecture, est très curieux et pourrait être considéré comme tendant à accroître, ou du moins comme preuve de la volonté de ne pas réduire le champ de la compétence des conseils de préfecture : il décide que c'est à cette juridiction qu'il appartient de statuer sur la question « de savoir, en raison des événements de la guerre, dans quelle mesure, dans la commune intention des parties et par une interprétation raisonnable du contrat », un bail de droits de place devait être exécuté pendant la guerre. C'est l'application, dit l'arrêt, de l'art. 136 du décret de 1809 : les tribunaux civils ne peuvent prononcer sur le sens et la portée des conventions intervenues ; dès lors, ils doivent renvoyer au Conseil de Préfecture pour vider la question préjudicielle ci-dessus.

portés devant eux les règles du Droit privé ⁴⁹. Lorsqu'ils ont à utiliser les règles du Droit public, les tribunaux le font avec plus de rigueur et moins de souplesse que le Conseil d'Etat. Craignant d'entraver l'administration et de dépasser ainsi leurs pouvoirs, ils sacrifient parfois les intérêts légitimes des particuliers.

SECTION IV

L'ATTÉNUATION DU CARACTÈRE ALÉATOIRE DE LA CONCESSION.

A l'évolution de la notion de concession correspond une transformation des conditions financières de l'opération.

Dans les concessions de canaux et de ponts à péage, il n'y avait aucun inconvénient majeur à laisser des risques illimités à la charge du concessionnaire : si le produit des péages ne lui permettait pas de rémunérer son capital, il était seul à en subir un préjudice, l'ouvrage subsistait et continuait à rendre au public les services en vue desquels il avait été établi, le but de la concession était rempli.

A mesure qu'on s'est avancé vers la notion actuelle, on s'est rendu compte qu'il devenait nécessaire d'assurer au concession-

⁴⁹ Dans la matière qui nous occupe, ils n'ont pas abandonné la notion de bail administratif ; dans l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 février 1915, on trouve l'expression « contrat de louage » ; dans un arrêt du 30 juin 1919, Hardy contre commune de Clisson, la Cour de Cassation admet implicitement l'application, au bail des droits de place, de l'art. 1722 du Code civil qui prévoit la résiliation ou la réduction du prix en cas de destruction de la chose louée, par cas fortuit. Toutefois, un arrêt de la Commission supérieure de Cassation 13 juin 1925, Commune d'Escoubiac-La Baule, S. 1926.2.121, note de M. Delpech, a refusé d'appliquer la législation des loyers (en l'espèce la prorogation établie par l'art. 56 de la loi du 9 mars 1918) à une concession de droits de place ; le Tribunal de Saint-Nazaire, dont est cassé le jugement, avait accueilli la demande de prorogation. Rapprocher Tribunal civil du Rhône, 24 novembre 1927, Ville de Lyon, D. hebdomadaire, 1928.161.

naire, en tout temps, les ressources financières lui permettant d'assurer la gestion du service auquel il est préposé.

Dans la deuxième moitié du xix^e siècle, un régime d'association financière entre le concédant et le concessionnaire s'est juxtaposé au régime de la concession. Ce régime a pris, en général, la forme de la garantie d'intérêts.

Ainsi tend à disparaître le caractère aléatoire de la concession qui était le signe principal la séparant de la régie intéressée⁵⁰.

Depuis les conventions de 1883, et surtout depuis celles de 1921, il n'y a plus guère de différences pratiques, au point de vue financier, entre la régie intéressée et la condition des compagnies concessionnaires de chemins de fer d'intérêt général. Celles-ci n'ont plus aujourd'hui aucun aléa de pertes sur leur exploitation, puisqu'elles sont assurées de recevoir du fonds commun des réseaux le montant de l'insuffisance de leurs recettes par rapport aux dépenses d'exploitation et aux charges du capital, et cela, non plus à titre d'avances, mais à fonds perdus. Les compagnies n'ont plus la libre disposition de leurs bénéfices : elles doivent les verser au fonds commun ; leurs chances de gain ont totalement changé d'aspect : c'est dans les primes qui leur sont allouées, comme à un régisseur intéressé, qu'elles trouvent l'augmentation de leurs dividendes.

Les autres concessions — et, actuellement importantes il faut en tenir compte — n'en sont pas arrivées là.

Néanmoins, pour toutes, le caractère aléatoire de l'entreprise a été atténué par le fait que le concessionnaire a été mis de plus

⁵⁰ L'administration a même fréquemment substitué des régies aux anciennes concessions arrivées à expiration ou rachetées : ainsi la régie du gaz à Paris, dont l'organisation fut approuvée par le décret du 20 juillet 1907, a remplacé l'ancienne Société concessionnaire (sur cette question, voyez Mongeand, La question du gaz à Paris, thèse Paris, 1908).

en plus à l'abri de la concurrence. En matière de chemins de fer, ce ne fut qu'un monopole de fait qui s'établit, car les pouvoirs publics s'aperçurent rapidement que la concurrence ne peut être qu'apparente, temporaire ou ruineuse. Pour les concessions d'eau et de gaz, ce fut au contraire un monopole de droit.

On verra plus loin en quoi la théorie de l'imprévision a fortement accentué le mouvement que nous signalons.

Cela ne signifie pas, d'ailleurs, que la concession ait perdu son individualité à côté de la régie intéressée, même en ce qui concerne les concessions de chemins de fer.

APPENDICE

LA CURIEUSE HISTOIRE DES CONCESSIONS DE BACS ET PASSAGES D'EAU.

L'histoire des variations de la jurisprudence sur la nature juridique de ces entreprises modestes que sont les concessions de bacs et passages d'eau est très curieuse⁵¹, car elle résume et concrétise l'évolution de la notion de concession qui a été retracée au long des deux chapitres qui précèdent.

D'après l'article 35 de la loi du 6 frimaire de l'an VII, « s'il se trouve des réparations ou reconstructions à faire auxquelles les adjudicataires des bacs soient assujettis, ils y seront contraints par les administrations centrales ainsi et par les mêmes voies que pour les autres entreprises nationales », c'est-à-dire

⁵¹ Voyez Cormenin, 5^e éd., Appendice p. 31; Macarel et Boulatignier, De la fortune publique, t. I, p. 539 et s.; Serrigny, Traité de la compétence, t. II, p. 140 et s., n° 656; Foucart, t. II, p. 19 à 21, 519 à 521; Dufour, t. III, p. 15 et s., n° 112; Tarbé de Vauxclairs, Dictionnaire des travaux publics, V° Bail administratif; Aucoc (1^{re} éd.), t. III, p. 68, n° 991; 2^e éd., p. 73 et 74, n° 1025; Jèze, Contrats administratifs, p. 199, 220 à 223.

les entreprises de travaux publics. Par application de ce texte ⁵², l'autorité administrative, en l'espèce les administrations centrales de départements, avait été reconnue compétente pour trancher les conflits naissant entre l'administration et les concessionnaires de bacs.

Les Conseils de Préfecture ayant hérité des attributions juridictionnelles des administrations centrales, ce fut à eux que revinrent, après la loi du 28 pluviôse de l'an VIII, les litiges concernant les marchés d'exploitation de bacs; ceux-ci paraissaient donc bien prendre figure de concessions de travaux publics. (C. d'Et. 6 juillet 1825, Dubaut et Girard, Leb. 361; 2 août 1826, Régie des Contributions indirectes (Bac de Veurey), Leb. 478; C. d'Et. sur Conflit 6 septembre 1826, Dufour, Leb. 535.)

Mais c'était le temps où l'idée de bail administratif était le plus envahissante. Elle s'introduisit dans cette matière des concessions de bacs. Les droits de bacs, dit-on, font partie des biens du domaine de l'Etat ⁵³, comme par exemple les droits de pêche sur les rivières navigables; ils sont « affermés » dans les formes usitées pour la « location » de ces biens. Après 1830, le Conseil d'Etat renonça à la compétence du Conseil de Préfecture pour les contestations entre fermier et administration. Niant même qu'il y eût dans l'exploitation des bacs un service public, il abandonna ces affaires aux tribunaux judiciaires : il ne s'agit, expliquait-on, d'autre chose que d'un bail réglant une convention *civile* ordinaire. (C. d'Et. sur Conflit 25 avril 1834, Ancel, Leb. 248; 9 août 1836, Salers, Leb. 388; C. d'Et. 27 août 1839, Robert, Leb. 474.) (Voyez même avant 1830, en ce

⁵² Voyez également l'art. 31 et l'art. 70.

⁵³ Foucart, t. II, p. 19 et n° 561, p. 519. Voyez encore Gautier (1879), p. 153. Remarquer que l'ordonnance de 1669 place dans le Domaine de la Couronne — petit Domaine — tous les droits de bacs et passages d'eau (titre 27, art. 41).

sens, Cass. 6 août 1829, Beaudoin, S. 1829.1.388; et plus tard 11 novembre 1834, Legas.)

En 1850, deux arrêts marquent le retour à des idées plus sûres : l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 janvier 1850, Cartier, Leb. 91; l'arrêt du Tribunal des Conflits du 7 novembre 1850, Perriat, Leb. 799. On ne refuse plus aux entreprises de bacs le caractère de service public, et cela seul aurait eu pour conséquence la compétence administrative, par application des textes de droit financier de la période révolutionnaire : à défaut de disposition prévoyant la compétence d'une autre juridiction administrative, c'est le Ministre qui aurait tranché en premier ressort⁵⁴. Mais on déclare aussi que les litiges concernant les bacs se rattachent à l'exécution d'un travail public⁵⁵ et on fait état de nouveau de l'art. 35 de la loi de l'an VII⁵⁶. On croit devoir ajouter que les bacs intéressent la grande voirie⁵⁷. Sans le dire expressément, les deux arrêts de 1850 transforment les « baux » de bacs en concessions de travaux publics intéressant au surplus la grande voirie, et les soumettent à ce double titre à la juridiction des Conseils de Préfecture.

Les concessions de bacs ont conservé cette nature juridique jusqu'au jour où la notion nouvelle et plus large de concession de service public est apparue.

Et alors, nouveau changement : on s'est rendu compte que

⁵⁴ C'est ce qu'a dit en propres termes le commissaire du gouvernement Vuitry dans l'affaire Cartier. Rapprocher un passage, tout à fait remarquable par l'air de jeunesse qu'il a conservé, de Serrigny, *Traité de la compétence*, t. II, n° 656 (p. 140 et s.).

⁵⁵ Voyez encore les conclusions du commissaire du gouvernement Vuitry.

⁵⁶ Voyez la note sous l'arrêt Cartier, au Leb.

⁵⁷ Voyez les termes mêmes de l'arrêt Cartier. Dans le même sens : Macarel et Boulatignier, *Traité de la fortune publique*, t. I, p. 371; Tarbé de Vauxclairs, *Dictionnaire des travaux publics*, V° Bail administratif; Cormenin, *Questions de Droit administratif*, 3^e éd., V° Baux.

certaines des concessions de bacs ne comportaient pas l'exécution de travaux d'une importance suffisante pour justifier sérieusement le caractère de concessions de travaux publics qui leur était reconnu. Un arrêt du Conseil d'Etat du 2 juillet 1920, dame veuve Lenoir, Leb. 658, refuse de considérer un bac comme un ouvrage public, et la concession de ce bac comme une concession de travaux publics : il s'agit, dit la haute juridiction, d'une concession de service public sans travail public, et le Conseil de Préfecture ne pouvait connaître des conséquences dommageables d'un accident survenu dans l'exploitation du bac, que celui-ci ait pour cause une faute commise dans l'exploitation ou le défaut d'entretien de la trille ou de l'embarcation.

Néanmoins, le Conseil d'Etat continue à admettre la compétence du Conseil de Préfecture dans certaines hypothèses : Conseil d'Etat 8 juin 1923, Liancourt ès qualités contre département de la Loire-Inférieure, Revue des concessions, 1923, 273, Leb. 453; 13 juillet 1923, Bobos contre département de la Seine-Inférieure, Revue des Concessions, 1923, 275, Leb. 566 : dans ces deux cas, l'exploitation des bacs utilisait vraisemblablement des installations d'une certaine importance⁵⁸.

Il semblerait que là dussent s'arrêter les vicissitudes par lesquelles ont passé ces concessions si humbles, au moins aujourd'hui, de bacs et passages d'eau.

Un arrêt du Tribunal des Conflits du 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, D. 1921.3.1, rendu sur les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Paul Matter,

⁵⁸ L'arrêt Bobos fait allusion, en effet, à des « installations ». On ne trouve, dans l'arrêt Liancourt, rien de pareil. Il n'est pas possible, d'après ce qui est donné des décisions dans la Revue des concessions et dans le Recueil Lebon, d'affirmer pour quelles raisons le Conseil d'Etat n'a pas critiqué les arrêts de Conseil de Préfecture qui lui étaient soumis.

ne vient-il pas tout remettre en question; et cet arrêt ne nous ramènerait-il pas vers la fin du premier tiers du siècle dernier? Ces marchés, que nous qualifions concessions de service public et concessions de travaux publics, ne seraient-ils pas simplement des baux d'un bien appartenant au domaine privé des personnes publiques, ou des contrats assurant la gestion d'une entreprise que l'administration exploite comme une personne privée, comme un industriel ordinaire? La décision du 22 janvier 1921 n'admet pas que soit un service public l'exploitation d'un bac établi par une colonie.

Si cette solution doit être approuvée, il faut l'étendre, pour être logique, à tous les bacs, qu'ils soient organisés par une colonie, par un département ou par l'Etat. Mais il semble difficile de contester que l'exploitation des bacs soit un service public.

Elle constitue, en effet, un monopole : sous l'Ancien Régime, l'exploitation des bacs était une *régale*, une exploitation monopolisée. Un instant supprimé par la loi du 25 août 1792, art. 9, le monopole a été rétabli par la loi du 6 frimaire an VII, au profit de l'Etat, et la loi du 10 août 1871, en donnant aux Conseils généraux le pouvoir d'installer « des bacs et passages d'eau sur les routes et chemins à la charge du département » (art. 46, § 13), n'a rien modifié à la condition juridique des services de bacs.

Ces raisons nous inclinent à penser que l'arrêt du Tribunal des Conflits de 1921 n'a que la portée d'un arrêt d'espèce, et que le service industriel des bacs et passages d'eau demeure un service public⁵⁹. Il pourra donc faire l'objet d'une concession de service public, laquelle sera dans quelques circonstances une concession de travaux publics.

⁵⁹ En ce sens : G. Jèze, *Les contrats administratifs*, p. 223.

CHAPITRE III

L'arrêt du Conseil d'Etat du 22 juin 1928 de Sigalas.

La notion de concession qui a été précisée au chapitre précédent comme la notion devenue classique, et avec laquelle la concession de travaux publics n'est qu'une variété de la concession de service public, est-elle toujours exacte? N'y aurait-il pas des concessions de travaux publics sans service public?

On est obligé de se le demander depuis l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 juin 1928, époux de Sigalas contre Société Hydro-électrique du Palais, D. 1928.3.49. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Josse. Note de M. André Pépy, S. 1928.3.113. Note de M. Hauriou, Revue du Droit public, 1928, 525 et suiv. Cette décision a résolu le problème de la nature juridique des concessions d'énergie hydraulique de la loi du 16 octobre 1919¹.

¹ Sur cette question considérable de la nature juridique des concessions de forces hydrauliques, voir : Louis Rolland, L'utilisation de l'énergie hydraulique, Rev. du Droit pub., 1920, p. 102 et s.; Achille Mestre, Les travaux d'aménagement des chutes sont-ils des travaux publics ? Le Génie civil, 1924, 2^e semestre, p. 127; Note sous Cass. civ. 12 juillet 1922, S. 1924.1.241; La jurisprudence et la loi du 16 octobre 1919 sur l'énergie hydraulique, D. hebdom. 1928.59; André Pépy, Note sous C. d'Et. 8 mai 1924 et 5 août 1925, Société des Grands Travaux de Marseille, et Energie Electrique du Littoral Méditerranéen, D. 1926.3.65; Note sous C. d'Et. 22 juin 1928, de Sigalas, D. 1928.3.49; Josse, conclusions dans l'affaire de Sigalas, C. d'Et. 22 juin 1928, D. 1928.3.49, S. 1928.3.113; Blaevoet, De la nature des concessions d'entreprises hydrauliques, Rev. des concessions, 1927, p. 33 et s.; Tochon, Le rôle de l'Etat dans l'aménagement des chutes d'eau, Le Génie civil, 1923, 1^{er} semestre, p. 256 et s.; Marc Noël, La notion de travail public, Thèse Paris, 1924, p. 58 et p. 125 et s.

C'est en étudiant ce problème que nous examinerons la question de savoir s'il y a des concessions de travaux publics sans service public.

Le législateur de 1919, en établissant les concessions d'énergie hydraulique, n'a pas défini leur nature juridique.

La concession d'énergie hydraulique est-elle un contrat administratif innommé, organisant une entreprise privée? Est-elle une concession de service public, ou plus précisément une concession de travaux publics, l'entreprise reposant tout entière sur la construction et l'exploitation d'ouvrages considérables? Telles étaient les simples questions que l'on pouvait se poser jusqu'au 22 juin 1928, bien que déjà l'idée eût été émise qu'il était possible d'envisager des concessions de travaux publics sans service public².

Dans l'arrêt de Sigalas, le Conseil d'Etat ne s'est-il pas rangé à une troisième opinion : justement, celle suivant laquelle la concession de forces hydrauliques serait une concession de travaux publics sans service public? Dans l'affirmative, la décision rendue par la haute juridiction administrative renverse-t-elle véritablement les idées jusqu'à ce jour reçues?

§ 1.

Les arguments en présence dans la question de la nature juridique des concessions d'énergie hydraulique.

I

Avant la loi du 16 octobre 1919, on distinguait deux types bien différents d'usines hydrauliques.

² Blaevoet, *Revue des concessions*, 1927, p. 37 à 39.

En principe, l'aménagement des chutes relevait exclusivement du Droit privé.

Pour les cours d'eau du domaine public, l'Etat n'intervenait que pour en autoriser l'occupation (article 40 de la loi du 8 avril 1898, C. rural, livre II). C'était une simple permission, bien que la loi la qualifiât de concession dans le titre de son chapitre II et son article 44.

S'agissant des cours d'eau non navigables ni flottables, l'empreinte administrative était encore moins marquée : l'Etat n'intervenait qu'en vertu de ses pouvoirs généraux de police (art. 11 de la loi du 8 avril 1898). En effet, nul ne pouvait disposer de l'énergie des petits cours d'eau, s'il n'en était riverain, et tout riverain tenait de l'article 644 du Code Civil le droit d'utiliser les eaux bordant sa propriété.

Dans les deux cas, les particuliers permissionnaires agissaient en vue de leur intérêt exclusif. L'usine restait leur propriété, elle était construite pour leur compte, et jamais pour le compte de l'administration. L'industriel ne recevait pour l'aménagement de la chute aucun privilège exorbitant du droit commun. Il ne pouvait être question, le moins du monde, de service public; les travaux étaient des travaux privés.

A côté de ces permissions, furent accordées de véritables concessions. Il s'agissait alors d'entreprises qui avaient en vue la satisfaction d'intérêts généraux, par exemple la distribution à des collectivités publiques et au public de l'énergie électrique produite par la chute à aménager³. Ces entreprises n'étaient

³ C'est un des effets de la réalisation du transport de l'énergie électrique à des distances toujours plus grandes : à côté du minotier, du papetier, de l'électro-métallurgiste, qui, tous, utilisent eux-mêmes l'énergie hydraulique provenant de leur chute, apparaît un personnage nouveau : le producteur d'énergie électrique qui obtient cette énergie par la transformation de l'énergie hydraulique et vend le courant au public, aux personnes morales administratives, aux services publics d'éclairage, de fourniture de force motrice ou de transports en commun.

pas comparables aux précédentes : elles prenaient figure de collaboratrices de l'administration en participant à l'aménagement du territoire national en vue de l'intérêt public et du service du public. L'administration songea donc à placer ces usines sous le régime de la concession de travaux publics : de la sorte, le concessionnaire était investi des privilèges accordés à l'administration en matière de travaux publics, et, d'autre part, l'administration devait entrer en possession de l'usine en fin de concession. La première concession de ce type fut accordée par une loi : la loi du 9 juillet 1892 (*J. O.* 10 juillet 1892, p. 3561 et suiv.), pour l'usine de Jonage (Rhône). Par la suite, l'administration usa de décrets. Une dizaine de concessions furent ainsi accordées. L'exposé des motifs du décret du 25 octobre 1914, relatif à la concession de la Basse-Isère (Beaumont-Monteux), la première octroyée par cette voie, est significatif quant au caractère de la concession. On y lit : « En présence du développement de l'industrie de l'énergie électrique, l'Administration des travaux publics s'est demandé s'il n'y avait pas lieu, pour les usines destinées non pas à fournir de l'énergie à une industrie privée, mais à assurer le fonctionnement de services publics, de faire application de la législation sur les concessions de travaux publics aux lieu et place de celle qui règle les permissions de prise d'eau.... L'usine qu'il s'agit d'établir sur la basse Isère sera placée sous le régime de la concession de travaux publics; elle sera établie par le concessionnaire pour le compte de l'Etat; elle fera partie du domaine public national; le concessionnaire n'est plus le propriétaire de l'usine, *il n'en est que le gérant* » ; et le cahier des charges obligeait le concessionnaire à fournir l'énergie électrique avec tarifs maxima.

Ces concessions étaient bien des concessions de travaux publics de la doctrine classique, c'est-à-dire des concessions de service public comportant l'utilisation d'un ouvrage public. Le Conseil d'Etat, par son arrêt du 8 mai 1924, Société des Grands

Travaux de Marseille, D. 1926.3.65, note de M. André Pépy, rendu à propos de la concession de Beaumont-Monteux, a « expressément reconnu »⁴ à celle-ci le caractère de concession de travaux publics. (Rappr. Cass. civ. 12 juillet 1922, Commune de Cardeilhac-Trachère contre veuve Bertrand, D. 1922.1.172, S. 1924.1.241. Note de M. Mestre.)

Ainsi, avant la loi du 16 octobre 1919, coexistaient bien deux types d'usines hydrauliques : des entreprises purement privées, des concessions de travaux publics, entreprises ainsi organisées parce que la chute n'était qu'un moyen pour satisfaire un service public.

II

La loi du 16 octobre 1919 a établi le statut juridique des forces hydrauliques.

Son principe est que la houille blanche est un bien appartenant à la collectivité; nul ne peut en disposer sans une concession ou une autorisation de l'Etat, et encore, on n'en dispose jamais que temporairement, pour 75 ans au maximum. Dans tous les cas, les travaux effectués pour la chute doivent faire retour à l'Etat gratuitement, pour les concessionnaires; avec indemnité, pour les usines seulement autorisées.

III

Que nous donnent les travaux préparatoires de la loi sur la question de la nature juridique de ces concessions d'énergie hydraulique qu'elle institue?

Ils sont nettement défavorables à l'idée que les entreprises

⁴ Josse, conclusions dans l'affaire de Sigalas.

d'exploitation des chutes sont des concessions de travaux publics. Sans doute, au début de ses délibérations, dans une séance du 5 juin 1917, la commission extra-parlementaire qui a préparé le texte déposé par le Gouvernement sur le bureau de la Chambre des Députés le 24 juillet 1917, avait adopté une formule tendant à faire de la concession d'entreprise hydraulique une concession de travaux publics⁵. Mais, le 13 juin, elle se prononçait nettement et définitivement pour l'assimilation de la concession hydraulique avec la concession de mine. Du rapport⁶ et des déclarations de M. Léon Perrier, rapporteur de la loi à la Chambre, se dégage également l'idée très nette qu'il convenait d'assimiler la concession de force hydraulique à la concession de mine. Et, en effet, « quoi de plus tentant que d'assimiler la chute d'eau et la mine, toutes deux richesses fournies par le sol national, toutes deux issues de la chaleur solaire, toutes deux sources de lumière, de chaleur et de mouvement? »⁷. Le rapporteur le déclara formellement à la Chambre : « En matière identique, législation identique »⁸. M. Perrier devait être d'autant plus enclin à rapprocher la concession d'énergie hydraulique de la concession de mine, qu'il était à la fois rapporteur du projet relatif à l'énergie hydraulique et du projet relatif au régime minier.

Et les deux lois : loi du 9 septembre 1919 sur les mines, loi du 16 octobre 1919 sur les forces hydrauliques, sont intervenues presque simultanément.

Les dispositions communes aux deux législations sont nombreuses : comme le concessionnaire de mine, le concession-

⁵ La Houille Blanche, 1917-1918, p. 76 ; voy. aussi p. 152.

⁶ J. O. Doc. parlement. Chambre 17 janvier 1919, annexe n° 5561, p. 188.

⁷ A. Pépy, note D. 1926.3.65.

⁸ J. O., débats parlementaires 29 mai 1919, Chambre, séance du 28 mai 1919, p. 2456, col. 3. Voyez aussi *ibid.*, séance du 4 juin 1919, p. 2513, col. 3.

naire d'usine hydraulique bénéficie des droits d'occupation sur les terrains dont il a besoin pour l'établissement de ses ouvrages (rappr. l'art. 4 loi du 16 octobre 1919 et l'art. 43 loi du 28 avril 1810 modifiée par la loi du 27 juillet 1880, loi du 16 décembre 1922)⁹; ce sont les tribunaux civils qui sont compétents pour les contestations auxquelles donne lieu l'exercice de ces droits, en matière de concession de chute comme de concession de mine (rappr. l'art. 4, avant-dernier alinéa, de la loi du 16 octobre 1919 et l'art. 43 de la loi du 28 avril 1810 modifiée); le concessionnaire de mine et le concessionnaire de chute sont tenus l'un comme l'autre d'acquérir les terrains occupés plus d'un an ou devenus impropres à la culture; c'est encore à l'imitation de ce qui se passe pour la concession de mine que le droit d'exproprier n'a pas été attribué d'une façon absolue à toutes les concessions hydrauliques (rappr. l'art. 5 de la loi de 1919 et l'art. 4 de la loi de 1810); enfin, les indemnités pour éviction de droits de riveraineté non exercés à la date de l'affichage de la demande en concession (art. 6, loi de 1919) sont comparables aux redevances tréfoncières dues aux propriétaires de la surface. Nous laissons de côté les ressemblances entre concessions minières et concessions hydrauliques qui tendraient à les rapprocher les unes et les autres des concessions de service public : principe suivant lequel la houille blanche, comme le gisement minier, appartiennent à la collectivité, caractère temporaire des concessions, retour gratuit à l'Etat de l'exploitation et de ses dépendances immobilières en fin de concession, etc...

L'assimilation voulue entre les deux législations se retrouverait donc dans les textes. S'agissant de se prononcer sur la con-

⁹ Dans son rapport, M. Léon Perrier a nettement souligné l'analogie entre ces droits et les droits d'occupation accordés au concessionnaire de mines (p. 44).

troverse relative à la nature juridique des concessions de forces hydrauliques, il serait alors fort important de se rappeler que la concession de mine n'est certainement pas une concession de service public, que les travaux du concessionnaire de mine ne sont pas des travaux publics.

Mais l'analogie entre les concessions de mines et les concessions de forces hydrauliques est purement superficielle : « Elle ne touche en rien à la nature intime de la concession hydraulique. Droits d'occupation, règles de compétence, indemnités à payer, tout cela est extérieur, tout cela est réglementation, détail, et s'il est nécessaire et loyal de le constater, il n'y faut pas attacher trop de gravité. En réalité, le législateur de 1919 a bien pu s'inspirer du régime minier pour établir le régime des chutes d'eau, il n'a pas été jusqu'à l'assimilation complète » ¹⁰.

« S'il y a parallélisme entre les concessions minières et les concessions de forces hydrauliques, on ne saurait établir entre elles une analogie absolue et transposer des unes aux autres les mêmes solutions » ¹¹.

Quels sont donc les traits qui caractérisent la concession d'énergie hydraulique ? Les voici : l'entrepreneur de chute n'est pas libre de l'aménagement des ouvrages ; il n'est pas libre dans l'exploitation de son industrie. Le concessionnaire est tenu d'exécuter certains travaux déterminés et de les achever dans un délai fixé (loi du 16 octobre 1919, art. 10, 4° ; cahier des charges-type, art. 6, 9 et 10) ; enfin, les ouvrages sont approuvés par l'administration — cette question des ouvrages est primordiale. En ce qui concerne l'exploitation, la loi et les cahiers des charges prévoient qu'une certaine partie de l'énergie produite doit être réservée dans toutes les concessions, et pen-

¹⁰ A. Pépy, *op. cit.*

¹¹ Josse, *conclus. affaire de Sigalas.*

dant toute leur durée, aux services publics de l'Etat et des diverses collectivités, et cette partie peut s'élever jusqu'au quart de l'énergie disponible. Et le cahier des charges fixe les tarifs auxquels cette énergie doit être fournie¹².

Autant d'éléments fondamentaux¹³ qui n'apparaissent pas et ne peuvent apparaître dans la concession de mines, car ils seraient contraires à son esprit¹⁴. Ils différencient profondément de la concession de mines la concession de forces hydrauliques; ils rapprochent celles-ci de la concession de service public (concession de travaux publics), car ils inclinent à penser que l'exploitation des chutes d'eau est bien un service public.

Il n'est pas interdit de signaler que des textes réglementaires ont traité les travaux des concessionnaires de la loi du 16 octobre 1919 comme des travaux publics : tel le règlement d'administration publique du 20 janvier 1923, qui renvoie, pour la réparation des dommages causés aux propriétés par les études préliminaires, à la loi du 22 juillet 1889, admettant ainsi la compétence du Conseil de Préfecture; tel le cahier des charges-type des entreprises concédées, établi par le règlement d'administration publique du 5 septembre 1920 (*J. O.* 13 septembre 1920), dont l'art. 59 dispose : « Les contestations qui s'élèveront

¹² En outre, pour beaucoup d'auteurs, la concession de mines est un acte administratif unilatéral; la concession de forces hydrauliques, un contrat. La concession de forces hydrauliques est certainement un contrat : voy. l'art. 21 de la loi; en faveur du caractère unilatéral de l'acte de concession de mines : G. Jèze, *Les contrats administratifs*, p. 218 et 219; A. Mestre, *La jurisprudence et la loi du 16 octobre 1919 sur l'énergie hydraulique*, *D. hebdomadaire* 1928.61; Blaevoet, *De la nature des concessions d'entreprises hydrauliques*, *Rev. des concessions*, 1927, p. 34; — en sens contraire : Perriquet, *Contrats de l'Etat*, 2^e éd., 1890, I, n° 312 (p. 300); Laferrière, *Juridiction administrative*, 2^e éd., I, p. 605; Josse, conclusions dans l'affaire de Sigalas.

¹³ Ajoutons-y le droit pour l'Etat de mettre un terme par anticipation à la concession en rachetant celle-ci.

¹⁴ Voyez plus haut, p. 68 et s.

entre le concessionnaire et l'administration, au sujet de l'exécution du présent cahier des charges, seront jugées par le Conseil de Préfecture du département, siège de l'usine. »

Evidemment des décrets ne peuvent comporter une attribution de compétence qui ne serait pas celle que commandent les principes généraux ou la loi.

Objectera-t-on contre un rapprochement entre la concession de service public et la concession de forces hydrauliques que les articles 4 et 6 de la loi attribuent aux tribunaux de droit commun la connaissance des litiges relatifs aux dommages causés par le concessionnaire aux propriétaires et usagers des cours d'eau?

Mais la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie électrique, dans son article 12, n'attribue-t-elle pas au juge de paix le contentieux des indemnités corrélatives à l'exercice, par les concessionnaires de distribution, des servitudes d'appui, de passage, d'élagage et d'ébranchage? Or, ces derniers sont des concessionnaires de service public.

Au surplus, les articles 4 et 6 peuvent même être conciliés avec la théorie générale des travaux publics. En cas de dépossession, en effet, la compétence judiciaire est normale. Or, les dommages visés aux art. 4 et 6 sont, par l'atteinte grave qu'ils portent au droit de propriété, assimilables à une dépossession.

§ 2.

La solution.

Il est une catégorie de concessions d'énergie hydraulique de la loi de 1919 auxquelles le caractère de concession de service public ne peut être contesté : ce sont les concessions qui ont pour objet la production de l'énergie électrique en vue de la

vente au public ou en vue de l'alimentation de services publics de distribution : le concessionnaire se voit imposer par son cahier des charges des obligations qui sont exactement celles d'un concessionnaire de service public : obligation de fournir le courant à tous ceux qui en font la demande et qui se trouvent dans les conditions prévues par le cahier des charges ; limitation des redevances à réclamer aux usagers par le jeu de tarifs maxima. — Ces obligations sont celles qui caractérisent les anciennes concessions du type Beaumont-Monteux ; or, il n'est pas douteux que ces dernières soient des concessions de service public.

A une concession de ce genre, le Conseil d'Etat, sans se prononcer sur sa nature juridique, a appliqué, en 1925, les règles de compétence propres aux dommages résultant des travaux publics. (C. d'Et. 5 août 1925, Société L'Energie Electrique du Littoral Méditerranéen c. Lazare et autres, D. 1926.3.70. Note de M. André Pépy)¹⁵.

La question de la nature des concessions dont l'objet principal est une industrie privée, qui ne comportent ni l'obligation de fournir le courant, ni des tarifs maxima, a fait naître dans la doctrine une construction qui renverserait, si elle était suivie, la notion classique de concession.

L'arrêt Commune de Monségur (C. d'Et. 10 juin 1921, D. 1922. 3.26. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Cornille) a admis qu'il n'était pas nécessaire, pour qu'il y eût tra-

¹⁵ On peut vraisemblablement invoquer dans le même sens : C. d'Et. 9 novembre 1927, Société L'Energie Electrique du Littoral Méditerranéen contre Commune de Manosque, Rev. des concessions, 1928, p. 107 : comme dans l'arrêt du 5 août 1925, il s'agit de dommages causés par les travaux d'aménagement de l'usine de Sainte-Tulle ; toutefois, il n'est pas possible d'affirmer, à la seule lecture de l'arrêt tel qu'il est rapporté, que cet arrêt statue sur une espèce exactement semblable à la précédente.

vaux publics, que les travaux fussent entrepris dans l'intérêt d'un service public : il suffit qu'ils soient exécutés en vue de l'utilité générale.

Les travaux des concessionnaires de forces hydrauliques, de tous les concessionnaires de forces hydrauliques, ne réunissent-ils pas, dès lors, les caractères de l'opération de travaux publics telle qu'elle a été définie dans un chapitre précédent : opération de construction, d'entretien ou de réparation d'un immeuble, travail effectué pour le compte d'une personne morale administrative, but d'utilité générale?

Oui, répond M. Mestre dans une note au Sirey 1924.1.241; par suite, dit cet auteur, « tous les travaux effectués par un concessionnaire de chute d'eau et visés dans la concession sont des travaux publics ».

Notre concession de forces hydrauliques se trouve ainsi élevée au rang de concession de travaux publics, le concessionnaire investi des privilèges des concessionnaires de travaux publics, sans que ces privilèges soient la conséquence du fait que l'entrepreneur gère un service public, par suite sans qu'il ait à supporter les charges qui incombent aux concessionnaires de la doctrine classique du fait de l'organisation d'un service public sur l'ouvrage exploité.

Est-il admissible qu'un ouvrage *public* soit concédé sans organisation d'un service public à la charge du particulier concessionnaire?

M. Blaevoet le pense ¹⁶.

Suivant cet auteur, il y a des entreprises — et c'est le cas des concessions d'énergie hydraulique — qui, en raison de leur nature, ne peuvent être organisées en service public, tenu au fonctionnement régulier, continu, égal pour tous; néanmoins,

¹⁶ Voy. Rev. des concessions, 1927, p. 37 à 39.

ces entreprises sont indispensables, elles affectent l'intérêt supérieur de la collectivité; il est donc juste qu'elles reçoivent des privilèges, notamment que leurs ouvrages soient considérés comme des ouvrages publics.

Cela revient tout simplement à identifier ces deux notions si longtemps jugées incompatibles : « utilité publique » et « intérêt économique, intérêt de la prospérité économique générale ».

Rejetant donc la notion classique de concession, M. Blaevot distingue trois sortes de concessions : les concessions de service public sans travaux publics; les concessions de travaux publics sans service public; les concessions de travaux et service public : « Lorsque les concessions de chute comportent vente d'énergie au public, ce sont des concessions de travaux et service publics; lorsqu'elles ne comportent pas de semblable vente, ce sont de simples concessions de travaux publics. »

M. André Pépy s'élève contre la doctrine qui vient d'être exposée¹⁷.

Pour lui, s'agissant d'un bien concédé, l'affectation de ce bien à l'utilité générale ne peut se concevoir en dehors de l'organisation d'un service public.

L'affectation d'un immeuble à l'utilité générale ne soulève

¹⁷ Note au D. 1926.3.65. Voyez aussi note sous l'arrêt de Sigalas, D. 1928. 3.49. Dans sa note de 1923, M. André Pépy concluait (ou plus exactement se résignait à conclure) que les concessions qui ne comportent pas l'obligation de fournir le courant ni des tarifs maxima n'étaient pas des concessions de travaux publics, l'élément essentiel des concessions étant absent : l'exploitation d'un service public par le concessionnaire; l'objet *principal* de ces concessions n'est pas, en effet, d'assurer un service public. Ainsi, le Conseil d'Etat devait être compétent pour les litiges entre le concessionnaire et l'Etat quant à l'exécution du contrat; les tribunaux judiciaires, pour les conflits entre le concessionnaire et les tiers. Dans le même sens, voyez : Hauriou, Précis, 11^e éd., p. 827; L'Huillier, De la nature des travaux des concessionnaires de force hydraulique, Rev. générale de l'électricité, 12 mai 1928, p. 843 et s. Voyez aussi Duguit, Traité de Droit constitutionnel, t. V, p. 283.

pas de grosses difficultés quand cet immeuble est utilisé par l'administration ou par un tiers qui ne songe pas à l'exploiter dans un intérêt lucratif. Une commune est propriétaire d'une église : celle-ci est remise, en vertu d'une affectation légale, aux fidèles et aux ministres du culte pour la célébration de leurs cérémonies religieuses : aucun souci de lucre « ne vient obscurcir et, en quelque sorte, souiller l'affectation à l'utilité générale qui a été voulue par la loi » ; l'utilité générale apparaît donc « dans toute sa force et se manifeste en pleine lumière ».

Au contraire, qu'est-ce que « concéder » un ouvrage public ? C'est permettre à un particulier de l'utiliser afin d'en retirer un avantage pécuniaire. Si cet ouvrage est « affecté à l'utilité générale », il faudra s'assurer que le particulier qui l'exploite respecte cette utilité générale ; et il faudra s'en assurer, parce qu'il l'exploite afin d'en retirer un avantage pécuniaire. Pour préserver, pour maintenir cette affectation à l'utilité générale, nécessaire pour qu'on puisse reconnaître aux opérations réalisées sur cet ouvrage le caractère d'opération de travaux publics, il n'y a qu'un procédé : soumettre l'exploitation à une réglementation étroite, destinée à garantir, à maintenir la destination de l'ouvrage, et à empêcher que l'intérêt général soit éclipsé par l'intérêt privé ; le particulier sera obligé à fournir certaines prestations au public ; il devra les fournir à des conditions déterminées à l'avance ; l'administration aura sur son exploitation un droit de contrôle et de surveillance, et elle disposera des moyens nécessaires pour maintenir, à chaque instant, la correspondance indispensable entre l'exploitation de l'ouvrage et l'utilité générale ; en un mot, il y aura lieu à l'organisation d'un service public, il devra y avoir concession de service public.

Par l'arrêt de Sigalas du 22 juin 1928, rendu sur les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Josse, le Conseil d'Etat a affirmé que les concessions d'énergie hydraulique alimentant seulement des établissements industriels privés exploi-

tés par le concessionnaire, n'étaient pas de simples entreprises privées contrôlées, analogues aux concessions de mines; il a fait de ces concessions des concessions de travaux publics, bien qu'elles n'aient pas pour objet principal l'organisation d'un service public.

La Société hydro-électrique et métallurgique du Palais avait obtenu, par décret du 28 juin 1923, la concession d'une chute d'eau sur le Taurion, dans les départements de la Creuse et de la Haute-Vienne.

L'article 28, alinéa 1, de la loi de 1919, oblige les propriétaires « à laisser faire sur leurs propriétés tous travaux de mensuration ou de nivellement » en vue de l'aménagement des chutes concédées.

La Société ayant commencé ses travaux, ses agents pénétrèrent dans les propriétés privées, notamment dans celle qui appartenait aux époux de Sigalas. Les propriétaires ayant estimé que les ingénieurs de la Société faisaient abattre un très grand nombre d'arbres sans constat préalable, et que les ouvriers employés à cet abatage saccageaient en réalité leur domaine, firent défense à la Société de continuer ses opérations et l'assignèrent devant le Conseil de Préfecture en dommages-intérêts. Cette juridiction accorda une indemnité aux époux de Sigalas, mais octroya une indemnité plus élevée à la Société en raison du préjudice à elle causé par l'arrêt de ses travaux. — Recours des époux de Sigalas. Nous laissons de côté la question de l'indemnité obtenue par la Société : le Conseil de Préfecture était certainement incompétent pour l'accorder. Suivant les requérants, le Conseil de Préfecture ne pouvait connaître davantage de la demande d'indemnité par eux formée contre la Société. La loi de 1919, soutenaient-ils, a voulu conserver aux travaux des concessionnaires le caractère de travaux privés; dès lors, la juridiction civile pouvait seule connaître de l'affaire.

Dans ses conclusions, M. le Commissaire du Gouvernement

Josse estime que les travaux des concessionnaires de forces hydrauliques remplissent « les deux conditions nécessaires et suffisantes pour qu'il y ait travail public : exécution d'un ouvrage pour le compte d'une personne publique (puisque les ouvrages doivent être construits avec l'approbation de l'Etat, puisqu'ils doivent faire retour à l'Etat en fin de concession, et peuvent être rachetés auparavant) et ouvrage affecté à l'utilité générale. — Cette dernière condition, continue-t-il, qui fait défaut pour les mines, est évidente s'il y a service public exploité, c'est-à-dire s'il y a distribution d'énergie au public ou équipement d'une voie ferrée, par exemple. On retrouve ici les concessions du régime antérieur. Elles sont passées dans la loi avec tous leurs caractères. — Cette seconde condition est plus douteuse, nous le reconnaissons, et la différenciation avec les concessions de mines plus délicate, dans l'hypothèse où l'énergie produite par la chute est destinée à satisfaire aux besoins d'établissements industriels privés exploités par le concessionnaire... — Nous estimons... qu'il faut faire tous les efforts possibles pour unifier toutes les concessions nouvelles. Or, pour ces concessions du second type, l'utilité générale peut être moins évidente, surtout moins directe; nous pensons qu'elle n'en existe pas moins. Il y a toujours dans l'équipement même de la chute cette question des réserves en eau et en force pour les collectivités, pour les services publics, qui suffit à elle seule pour qu'il y ait bien pour partie ouvrage exécuté en vue d'une affectation à l'utilité générale. » M. Josse rappelle que le but d'utilité générale suffit, d'après la jurisprudence de l'arrêt Commune de Monségur, pour faire du travail un travail public. « Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait organisation d'un service public. » Et le Commissaire du Gouvernement conclut qu'il y a bien et toujours dans la concession d'énergie hydraulique « concession de travaux publics ».

Le Conseil d'Etat déclare « que les travaux du concession-

naire ont le caractère de travaux publics et que, par suite, les actions afférentes aux dommages qu'ils peuvent occasionner ne relèvent en principe que du Conseil de Préfecture ».

C'est donc bien clair : toutes les concessions de forces hydrauliques sont des concessions de travaux publics : peu importe que l'énergie produite alimente les établissements privés du concessionnaire ou qu'elle fasse l'objet d'une distribution au public ou à des services publics. Et, si l'on prend au pied de la lettre certains passages des conclusions du Commissaire du Gouvernement, la décision du Conseil d'Etat est fille de l'extension de la notion de travail public ; par suite, l'arrêt consacrerait la doctrine qu'il peut y avoir des concessions de travaux publics dans lesquels il n'y aurait à aucun degré et en aucune manière de service public.

M. Pépy¹⁸ ne croit pas que ce soit là la véritable signification de l'arrêt du 22 juin 1928, et nous nous rangerons sans réserve à son opinion.

Il existe deux sortes de concessions de forces hydrauliques de la loi de 1919 : les unes sont sans aucun doute des concessions de services publics ; les autres n'ont pas pour objet immédiat l'organisation d'un service public. Le Conseil d'Etat a voulu réaliser l'unification du régime des concessions de forces hydrauliques, et il l'a fait en reconnaissant aux concessions du second type, comme aux autres, un but d'utilité générale grâce auquel les concessions du second type ont pu recevoir, comme les autres, la qualification de concessions de travaux publics.

Mais à quels éléments de décision le Commissaire du Gouvernement Josse fait-il appel pour établir le but d'utilité générale des concessions du second type ? Uniquement à celui-ci : « Il y a toujours, dans l'équipement même de la chute, cette

¹⁸ Note au D. 1928.3.49.

question des réserves en eau et en force pour les collectivités, pour les services publics, qui suffit à elle seule pour qu'il y ait bien pour partie ouvrage exécuté en vue d'une affectation à l'utilité générale. » M. Josse n'invoque pas l'idée vague de l'intérêt de la prospérité économique du pays qui vaudrait tout aussi bien pour la concession de mines, mais l'utilité publique de la chose résultant de sa condition juridique. Et le Conseil, s'il rappelle « que la loi crée au profit et à la charge du concessionnaire un système de droits et d'obligations destinés à assurer dans le présent et dans l'avenir le meilleur emploi de la richesse naturelle des cours d'eau dont la puissance publique concède l'usage en vue de pourvoir aux besoins de la collectivité », relève lui aussi « que... la loi dispose que le concessionnaire devra constituer des réserves en force et en eau qui seront tenues par lui à la disposition des services publics selon les conditions inscrites au cahier des charges, et en vue desquelles il devra effectuer les travaux nécessaires pour leur utilisation; qu'elle prévoit en outre que des tarifs maxima seront arrêtés tant pour lesdites réserves que pour les ventes d'énergie au public, s'il y a lieu ».

On ne saurait trop prêter attention à ces arguments sur lesquels la haute juridiction a fondé son arrêt.

Ces réserves en eau et en force pour les collectivités, pour les services publics, ces tarifs maxima, n'est-ce pas la marque de ce que le concessionnaire n'est jamais laissé complètement libre d'exploiter, dans son intérêt exclusif, les ouvrages construits par lui? Le Conseil d'Etat ne s'est-il pas alors appuyé, pour reconnaître à toutes les concessions de chutes d'eau le caractère de concession de travaux publics, sur le fait que dans toutes il existe un élément de service public? « Cette obligation de fournir des prestations à un tarif déterminé, cette *réglementation d'une activité individuelle* en vue d'un *intérêt collectif*, n'est-elle point caractéristique du service public? Et n'est-il

point permis de dire que le Conseil d'Etat s'est servi très habilement et en vue d'un objectif très nettement défini, de l'élément modeste, il est vrai, mais certain, de service public qui existe dans toute concession d'énergie hydraulique, pour déclarer qu'il y a dans toute concession de cette nature une concession de travaux publics? »

L'arrêt de Sigalas n'a donc pas « dissocié, d'une manière radicale et absolue, en matière de concession, les notions de travail public et de service public ». Simplement, il a admis qu'une concession pût être concession de travaux publics, sans avoir *pour objet principal et exclusif* l'organisation d'un service public; « toutefois, cette concession doit renfermer un élément de service public »¹⁹.

Dès lors, on ne peut déclarer qu'il y ait maintenant des concessions d'utilité générale qui ont le caractère de concession de travaux publics, même s'il n'y a point organisation de service public. Il n'y a pas à construire sur la décision du 22 juin 1928 une théorie nouvelle des concessions.

¹⁹ C'est, au fond, remarque M. Pépy, la résurrection, sous une forme nouvelle, d'une pratique ancienne : les marchés relatifs au travail des détenus dans les prisons ne sont-ils pas considérés comme des marchés de travaux publics, parce qu'ils renferment des stipulations relatives à l'entretien des bâtiments pénitentiaires ? L'élément de « travaux publics », en réalité secondaire, a été retenu pour caractériser ces sortes de marchés. De même, pour toute une catégorie de concessions d'énergie hydraulique, le Conseil d'Etat s'est servi de la part très modeste de service public qu'elles peuvent inclure, pour les ériger en concessions de travaux publics.

CHAPITRE IV

Concession de service public et Domaine public.

Il est, à propos de la notion de concession, une question qu'il n'est pas possible de passer sous silence : celle des rapports qui unissent la concession de service public et le Domaine public ¹.

§ 1.

Toute concession d'occupation du Domaine public est-elle une concession de service public?

C'est un fait qu'il existe un mode d'utilisation privative du Domaine public auquel on donne le nom de concession.

C'est un autre fait que de nombreuses concessions de services publics — mais non pas toutes — utilisent le Domaine public. En particulier, bien que travail public et domaine public ne soient plus des notions qui se recouvrent, maints ouvrages publics, construits ou aménagés et exploités par les concessionnaires de travaux publics, sont des dépendances du Domaine public. Tout au début de ce travail, nous avons même essayé de montrer que l'origine du mouvement qui a fait sortir la con-

¹ Il est bien entendu qu'il ne s'agit ici des rapports entre la concession de service public et le Domaine public, qu'en ce qu'ils intéressent la notion de concession. Il ne saurait être question dans ce chapitre de la nature des droits qu'a le concessionnaire sur le Domaine quand il use de celui-ci.

cession de travaux publics traditionnelle de sa conception toute primitive de cession, se trouve dans la formation progressive d'une théorie solide du Domaine public. Surtout, c'est par l'intermédiaire du Domaine public que des monopoles de fait peuvent être attribués à des concessionnaires de service public pour lesquels le législateur n'a institué aucun monopole de droit; notamment aux concessionnaires de distribution d'éclairage, les communes s'engageant à ne pas accorder à d'autres entreprises le droit d'installer des ouvrages sur les voies municipales.

Indépendamment de leur objet essentiel, autrefois exécution d'un travail public, aujourd'hui gestion d'un service public, nos concessions, quand elles utilisent une dépendance du Domaine public, ne constitueraient-elles pas un mode d'utilisation particulier du Domaine; et justement, le mode d'utilisation du Domaine qu'on appelle *la concession* n'engloberait-il pas uniquement des concessions de service public, de sorte que concession sur le Domaine et concession de service public se confondraient? Ou bien, au contraire, les concessions de service public font-elles partie, en tant qu'utilisation du Domaine public, d'une catégorie plus large, vraisemblablement celle des concessions sur le Domaine?

Le classement systématique des différents procédés d'utilisation du Domaine par les particuliers n'a été tenté qu'assez récemment². Aussi, dans cette matière, nos auteurs, le législateur et les juges, se servent-ils d'un vocabulaire imprécis, les mêmes mots étant souvent employés dans les acceptions les plus diverses.

Seuls nous intéressent ici les modes d'occupation *privative*

² Pendant tout le XIX^e siècle, la doctrine ne donne aucune solution nette et précise : voyez Trotabas, De l'utilisation du domaine public par les particuliers, p. 4 à 28.

du Domaine, c'est-à-dire, suivant l'expression de M. Trotabas, les modes d'occupation « par un usager juridiquement individualisé » : l'utilisation du Domaine public par le concessionnaire de service public est en effet — c'est trop évident — une utilisation privative³.

M. Duguit⁴ ne voulait connaître que deux groupes d'utilisations privatives : les concessions, utilisations contractuelles; les permissions, situations non contractuelles, révocables par acte unilatéral de l'administration, et il refusait de sous-distinguer parmi celles-ci.

M. Hauriou⁵ répartissait ainsi les utilisations privatives : 1° les permis de stationnement temporaire ou de dépôt ou de plaçage; 2° « les occupations temporaires du Domaine public (permissions de voirie ou *concessions* consenties par l'administration à titre privatif) »; 3° les concessions de service public. Les concessionnaires de service public, disait le doyen de Toulouse, sont des « occupants » du Domaine public comme les occupants de la catégorie précédente : ils ne s'en séparent que par le fait qu'ils gèrent un service public, alors que les autres fondent « un établissement privatif ou gèrent une entreprise privée, qui n'est pas érigée en service public, de telle sorte que l'opération *ne se présente pas normalement comme un contrat de concession* passé avec l'administration, et *qu'en tout cas elle ne contient pas de cahier des charges* ». On ne discerne pas bien si M. Hauriou considérait qu'il existât des concessions sur le Domaine public en vue d'entreprises privées, différant par des

³ On oppose aux utilisations privatives les utilisations communes ou collectives : celles, dit M. Trotabas, par lesquelles, sans avoir acquis aucun droit patrimonial, l'« usager anonyme » exerce ses libertés individuelles et jouit des services publics.

⁴ Traité de Droit constitutionnel, 2^e éd., t. III, p. 345 et s.

⁵ Précis, 11^e éd., p. 712 à 725.

caractères juridiques certains et autrement que par une appellation, des permissions de voirie, ou si, au contraire, il n'y avait pour lui que les concessions de service public qui fussent de vraies concessions ⁶.

M. Berthélemy ⁷ a une position beaucoup plus nette : il divise les utilisations privatives en utilisations non contractuelles : ce sont les permissions de voirie et les stationnements temporaires ; et utilisations contractuelles. Les utilisations contractuelles, ce sont : « les concessions de travaux publics en vue de l'aménagement de la voie ou de son utilisation pour certains services publics ». En dépit du caractère absolument tranché qu'il donne à son opposition des concessions « de travaux publics » et des stationnements temporaires et permissions de voirie, M. Berthélemy achève pourtant son développement sur la précarité des permissions de voirie par la formule suivante : « La stabilité de fait des permissions de voirie a... conduit l'administration à admettre de plus en plus fréquemment la possibilité *de concessions contractuelles d'occupation du Domaine*. C'est ainsi que les permissions d'utilisation des eaux des fleuves (prises d'eau), même avant la loi du 17 octobre 1919, ont été souvent accordées *pour un temps donné* et subordonnées contractuellement à des redevances pécuniaires, ainsi qu'à des conditions avantageuses aux administrations concédantes. »

M. Rolland ⁸ ne formule pas cette sorte de restriction : suivant lui, les autorisations d'occuper privativement le Domaine comprennent deux grandes classes : permissions de voirie, concessions de service public : « On donne à ces autorisations le

⁶ Voyez p. 724, et la 10^e éd. du Précis, p. 788 et p. 685, note 1 : le texte correspondant a été légèrement modifié dans la 11^e édition. Rapprocher A. Mestre, note sous Dijon 17 mars 1913, S. 1917.2.105.

⁷ Traité, 11^e éd., p. 492 et s. ; surtout p. 501 à 503. ⁸

⁸ Précis, n^{os} 539 à 545.

nom général de permission de voirie si le bénéficiaire est un particulier, de concession si le bénéficiaire est un concessionnaire de service public »⁹.

En face, M. Jèze¹⁰ expose que : « le même mot concession est employé dans les textes législatifs français et dans les arrêts du Conseil d'Etat pour désigner, soit *l'autorisation d'occuper d'une manière stable* la voie publique, même dans un intérêt privé¹¹, soit le *contrat administratif chargeant un entrepreneur d'exploiter un service public* ». M. Jèze repousse l'idée que toute concession d'occupation de la voie publique suppose *nécessairement* une concession de service public, de sorte qu'il serait pratiquement sans intérêt de distinguer *la concession d'occupation et la concession de service public*. Ceci, dit-il, est contraire aux faits. Par exemple, les *concessions pour établissement de pêcheries sur le rivage de la mer*, les *concessions de prises d'eau* accordées à un usinier sur un cours d'eau navigable ou flottable, les *concessions dans un cimetière*, etc., ne supposent pas essentiellement que le concessionnaire d'occupation soit aussi un concessionnaire de service public. « En Droit public français, l'expression concession sur le Domaine public ne signifie donc pas *nécessairement* qu'il y a *en même temps* concession d'un

⁹ N° 539. Voyez également n°s 541 et 543.

¹⁰ Les contrats administratifs, p. 115 et 116.

¹¹ Et en note, M. Jèze cite deux arrêts du Conseil d'Etat intéressant des « concessionnaires de lignes téléphoniques d'intérêt privé » (C. d'Et. 16 novembre 1900, Leboucher, Leb. 627 ; même date, Boucher, Leb. 627. — « Depuis dix ans, lit-on dans le premier article de doctrine de la Revue des concessions (t. I, 1901-1902, p. 12), une évolution s'est produite dans la jurisprudence qui tend de plus en plus à appliquer la forme du contrat de concession à la délivrance des simples permissions de voirie nécessaires à la création et au développement des entreprises purement privées. » Et l'auteur de l'article cite, comme consacrant bien la distinction entre ces concessions et les permissions de voirie précaires et révocables, l'arrêt Colette contre Ville de Sedan (C. d'Et. 11 juillet 1896, Leb. 563).

service public. » — Par ailleurs, M. Jèze soutient, comme d'ailleurs M. Appleton¹², que les concessions d'occupation du Domaine public, quand elles ne sont pas des concessions de service public, ont un caractère unilatéral et « ne créent pas une situation juridique individuelle »¹³. Il retient toutefois l'opposition entre le caractère précaire de la permission de voirie et le caractère stable de la concession d'occupation du Domaine public.

M. Trotabas¹⁴ a réalisé un classement très intéressant et très précis des diverses utilisations possibles du Domaine public par les particuliers. Il groupe les utilisations privatives en deux catégories suivant la destination de la dépendance domaniale à utiliser. Ou bien celle-ci est simplement destinée à des besoins généraux, il s'agit du « domaine à affectation générale » ; l'usager pourra obtenir : soit un permis de stationnement, soit une permission de voirie, soit une concession. Ou bien le domaine à utiliser est affecté à des fins déterminées, il s'agit du « domaine à affectation spéciale » ; parmi les situations que l'usager peut obtenir, on peut signaler comme exemple : le placage, la concession dans les cimetières. « La concession, envisagée dans son ensemble, englobe toutes les « concessions » qui supposent une utilisation privative du Domaine... Cet ensemble très vaste, et en apparence un peu disparate, présente cependant une unité évidente, car la concession se distingue des autres modes d'utilisation privative par un caractère propre : elle réalise toujours une situation *contractuelle*. Le concessionnaire est toujours, par définition, titulaire d'un véritable droit »¹⁵.

¹² Contentieux administratif, p. 217.

¹³ M. Jèze, Contrats administratifs, p. 214-215, invoque l'autorité de Laferrière, Juridiction administrative, 2^e éd., 1896, I, p. 605.

¹⁴ De l'utilisation du domaine public.

¹⁵ P. 120 et s. : ce passage concerne en principe uniquement les concessions

Ainsi, pour M. Rolland, peut-être pour M. Berthélemy et M. Hauriou, il n'y a pas de concession sur le Domaine public qui ne soit une concession de service public. Au contraire, pour M. Jèze, M. Troabas, sans doute pour M. Duguit, la concession de service public n'est qu'un type de concession sur le Domaine ou, comme voudrait que l'on dise M. Jèze ¹⁶, de concession d'occupation du Domaine.

Il nous paraît bien résulter des textes législatifs, de la jurisprudence et de la pratique ¹⁷ que les concessions de service public sont seulement l'exemple le plus fréquent des concessions d'occupation du Domaine ¹⁸, qu'il y a des concessions d'occupation du Domaine public, même avec des charges en faveur de l'administration ou du public, qui ne sont pas des concessions de service public; et, à l'inverse de ce qui se passe nécessairement pour ces dernières, le régime du Droit privé est applicable en principe à ces concessions d'occupation sans service public,

sur le domaine à affectation générale, mais il peut s'appliquer parfaitement aux concessions sur le domaine à affectation spéciale, comme les concessions dans les cimetières : rapprocher, en effet, ce qui est dit p. 142.

¹⁶ Contrats administratifs, p. 117 : « Il serait à désirer, pour éviter les obscurités, les erreurs, de ne jamais employer *seul* le mot concession. Il conviendrait de dire : *concession d'occupation* (du domaine public), *concession de service public*. »

¹⁷ C. d'Et. 16 novembre 1900, Leboucher; même date, Boucher; 7 avril 1916, Astruc (si l'on admet que le terrain sur lequel le « Palais philharmonique » devait être construit était une dépendance du domaine public). Ajouter : l'exemple des concessions dans les cimetières, des concessions de prise d'eau sur un cours d'eau navigable et flottable, etc... En ce sens : G. Jèze, Contrats administratifs, *loc. cit.*, et Rev. du Droit pub., 1916, p. 363 et s. Nous avons vu que pour M. Jèze la concession simple de distribution d'énergie électrique peut être considérée comme une entreprise privée avec occupation du domaine (Contrats administratifs, p. 121). En ce qui concerne la pratique, voyez Revue des concessions, 1901-1902, p. 11.

¹⁸ Rapprocher cette formule de M. Jèze (Rev. du Droit pub., 1916, p. 365) : « S'il y a une concession de service public avec autorisation d'occuper le domaine public..., il y a deux services publics qui fonctionnent côte à côte et concurremment. »

sauf en ce qui concerne la validité et l'interprétation des actes administratifs autorisant l'occupation du Domaine.

§ 2.

Toute occupation du Domaine en vue de l'exploitation d'un service public doit-elle être une concession de service public?

Une fois déterminée la place qui est celle de la concession de service public parmi les modes d'utilisation du Domaine, reste une deuxième question : quand un particulier exploite un service public et utilise à cette fin le Domaine, peut-il arbitrairement, à son choix ou plutôt au choix de l'administration, recevoir une concession, une permission de voirie ou un permis de stationnement? Doit-il au contraire être titulaire d'une concession, être un concessionnaire de service public?

Il ne peut y avoir service public exploité par un particulier sans que soient imposées à celui-ci des prescriptions relatives au fonctionnement de l'entreprise : notamment l'obligation de fournir à tout requérant et un tarif maximum.

La permission de voirie, comme le permis de stationnement, sont des actes unilatéraux émanant de l'administration, et ils ne sont que la promesse d'une tolérance de police susceptible d'être retirée à chaque instant : dès lors, ils ne peuvent en principe imposer à leurs bénéficiaires que des conditions destinées à assurer la protection du Domaine.

Au contraire, la concession est généralement regardée comme un acte contractuel, et elle accorde à son titulaire un véritable droit sur le Domaine, en considération même de l'exploitation que celui qui l'obtient a en vue : gestion d'un service public ou d'une entreprise privée présentant quelque intérêt pour la collectivité.

Elle permet donc, et elle permet seule, d'imposer à l'usager du Domaine des conditions touchant à l'exploitation commerciale de son entreprise¹⁹.

On a opposé²⁰ à cette conclusion l'exemple des distributions publiques d'énergie électrique par permission de voirie de la loi du 15 juin 1906 et surtout de la loi du 27 février 1925, modificatrice de la précédente : il n'y a pas dans ces textes de démenti infligé à notre solution. Les entreprises avec permission de voirie qu'ils organisent ne sont pas des services publics. Il n'y a aucun doute possible en ce qui concerne les permissions de voirie de la loi de 1906 : aux termes de l'article 5 de cette loi, l'administration ne peut prescrire au permissionnaire aucune disposition relative aux conditions commerciales de l'exploitation; or, nous venons de dire qu'on ne conçoit pas un service public géré par un particulier sans une réglementation des conditions commerciales de l'exploitation (tarif, etc...). Lorsqu'en 1925, le législateur a modifié le régime des distributions d'énergie électrique par permissions de voirie, il a songé seulement à parer à quelques-uns des inconvénients du régime, il n'a pas entendu changer la nature des entreprises : il a simplement créé, et parce qu'il l'a ainsi voulu, des entreprises privées à permissions de voirie d'un genre exceptionnel; d'ailleurs, le système de la permission de voirie ne peut plus être utilisé dès que la puissance totale de la ligne dépasse 100 kilowatts : il est donc d'une application très limitée²¹.

¹⁹ En ce sens : Berthélemy, *Traité*, 11^e éd., p. 502 et 503; Regray, *Des faits de jouissance privative*; Circulaire des Ministres de l'Intérieur et des Travaux publics du 15 août 1893 (S. Lois annotées, 656).

²⁰ Trotabas, p. 124, qui invoque : C. d'Et. 26 juillet 1918, *Compagnie des Tramways de l'Est Parisien*, Leb. 774, 21 novembre 1919, Id., Leb. 838. Voyez également A. Mestre, note S. 1917.2.105, I.

²¹ Rappr. Gaston Jèze, *Contrats administratifs*, p. 116, note 2.

**

Nous en avons terminé avec l'étude de la notion de concession de service public et des conditions dans lesquelles elle s'est formée.

Nous sommes maintenant renseignés sur la question suivante : quelles sont les situations juridiques auxquelles a été autrefois et est aujourd'hui reconnue la nature de concessions.

Il va être maintenant intéressant de s'occuper du régime juridique qui est celui de ces concessions. Lui aussi est l'œuvre d'une évolution : celle-ci, d'ailleurs, n'est pas sans avoir des liens étroits avec l'évolution même de la notion de concession ; elle se rattache aussi, directement, à l'évolution générale du Droit administratif.

DEUXIÈME PARTIE

Le droit de la concession de service public.

INTRODUCTION

Les conditions générales de l'élaboration du droit de la concession.

La concession est une institution ancienne. Ce n'est pourtant qu'à une époque voisine de nous qu'a véritablement commencé de s'élaborer un droit de la concession.

Et, commencée à une époque récente, cette élaboration du droit de la concession a été *guidée* par l'idée qui se fait jour, vers le même moment, que la concession est un mode de gestion des services publics; cette élaboration d'un droit de la concession a d'ailleurs été imposée par le développement même de cette notion nouvelle de la concession.

Ces affirmations doivent être commentées.

**

L'élaboration du droit de la concession est récente. Il convient de s'expliquer d'abord sur ce point.

Il en est de la concession comme de la plupart des institutions

administratives : aucun texte n'organise son régime juridique : celui-ci ne pouvait et ne peut donc s'élaborer que par le fait de l'interprétation des cahiers des charges au moyen de principes généraux ou de règles empruntées à des institutions voisines.

Or, au *xix*^e siècle, le Droit administratif est dans l'enfance, il est dominé par la distinction des actes de puissance et des actes de gestion ; c'est aussi le temps où l'on cherche avant tout, pour résoudre les problèmes juridiques, à s'appuyer sur des textes, et ces textes on ne les trouve ordinairement que dans le Code Civil. A défaut de dispositions spéciales les régissant, on ramène donc, pour leur donner un régime juridique, les situations administratives aux situations prévues par le Droit civil, on applique aux situations administratives les règles du Droit civil : en matière d'actes de gestion, c'était d'ailleurs dans la logique du système. Nous aurons plus tard l'occasion de revenir sur ces idées et de citer des exemples.

Il eût été naturel que l'on en usât ainsi vis-à-vis de la concession, qu'on appliquât largement à la solution des difficultés naissant de l'exécution du contrat des règles du Droit civil, et que s'élaborât de la sorte, peu à peu, un droit de la concession.

Il n'en a rien été. Les juristes ont été frappés, — on dirait volontiers intrigués, — par ce qu'a d'exceptionnelle et d'étrange la rémunération du concessionnaire consistant dans la délégation qui lui est faite d'un droit appartenant en propre à la puissance publique : celui de percevoir des taxes.

En présence de cette combinaison si particulière, contenant un élément qui la sépare complètement des conventions civiles, les interprètes ont adopté une attitude d'une extrême prudence. Ils ont estimé qu'il fallait prendre, chaque fois, la combinaison telle que le cahier des charges la leur présentait, qu'il ne fallait pas chercher ailleurs que dans le contrat les règles destinées à trancher les difficultés que soulevait son application ; ils ont considéré que le cahier des charges était un tout qui devait en

principe se suffire à lui-même. Ils refusaient en principe d'étendre à la concession les dispositions du Code Civil, même les plus élémentaires, ne consentant quelques emprunts à ce Code que dans des hypothèses exceptionnelles. La concession, disaient-ils, est un contrat *sui generis*¹, et ils poussaient jusqu'à ses dernières limites cette conception.

Tel est bien l'état d'esprit que révèle un passage des Conférences d'Aucoc : « Le contrat de concession, écrivait-il, est une convention qui a un caractère spécial et *qui n'a pas d'analogue en Droit civil*... Les règles qui régissent ce contrat ne se trouvent le plus souvent ni dans des textes de lois ni dans des règlements. Elles ne se trouvent, en général, que dans les conventions passées avec les concessionnaires, *dans les cahiers des charges spéciaux à chaque entreprise* »². Le Commissaire du Gouvernement Gomel, dans ses conclusions sur l'affaire Syndic de la faillite du chemin de fer d'Orléans à Rouen (C. d'Et. 11 janv. 1884, Leb. 39), développait les mêmes idées : « Il est difficile... de trouver une analogie quelconque entre les *conventions régies par le Code Civil et le contrat spécial* en vertu duquel l'administration, au lieu de payer directement l'auteur d'un travail public, lui confère le droit de percevoir, pendant un délai qui généralement n'est pas moindre de 99 ans, une redevance de tous ceux qui se serviront du travail public. Ainsi le concessionnaire se trouve en définitive substitué au droit qu'aurait l'administration de toucher un péage ou un prix de transport pour l'usage de l'ouvrage public, et, *entre les personnes privées, les conventions ne peuvent avoir un semblable objet*. Il est résulté de cette nature toute particulière du contrat dont nous nous occupons que l'administration a combiné ses traités de concession de

¹ Dufour, t. VII, n° 280 ; Christophe, 2^e édition, n° 1462.

² 1^{re} éd., II, n° 683 (p. 239) ; 3^e éd., II, n° 709 (p. 426).

telle sorte qu'ils puissent *se suffire à eux-mêmes; que chacun d'eux forme un tout complet* et que leurs dispositions règlent toutes les hypothèses qui, au cours du traité, pourront se produire... Tous les rapports que le contrat de concession peut faire naître entre le concessionnaire et l'autorité concédante se trouvent régis par la convention intervenue avant la concession et par le cahier des charges qui est l'annexe de cette convention. »

Ainsi, à cette époque, ne pouvait aucunement s'élaborer un droit de la concession, puisque chaque opération devait être régie par les stipulations strictes du contrat qui est à son origine.



Ainsi également les situations respectives du concédant et du concessionnaire se trouvaient, à cette époque, déterminées d'une façon rigide.

Ce résultat était tolérable au temps où la concession était regardée comme un simple mode d'exécution des travaux publics : la simple exécution d'un ouvrage peut s'accommoder de la rigidité du marché qui l'organise. Au surplus, si l'on met à part les concessions de chemins de fer qui comportaient généralement des cahiers des charges très soigneusement rédigés, les concessions étaient alors encore peu nombreuses.

Lorsque le système de la concession a été appliqué à un nombre plus considérable et très varié d'entreprises, lorsque l'évolution de la notion de concession a fait de la concession un mode de gestion des services publics, le caractère rigide du marché s'est révélé gênant, dangereux même, et sa disparition s'imposait. Le service public doit, en effet, fonctionner dans les conditions les plus parfaites qui soient et, en particulier, avec régularité, sans à-coups, parce qu'il a pour objet la satisfaction de besoins essentiels. L'application de la convention qui orga-

nise la gestion d'un service public doit se faire en sorte que l'intérêt de la bonne marche du service public soit toujours safeguardé. Elle doit donc se faire d'une manière souple, elle doit se plier aux exigences des circonstances. Le contrat ne peut matériellement pas les avoir prévues toutes : à s'en tenir strictement au contrat, on s'exposerait dans maintes conjonctures à ne pas résoudre les difficultés d'une façon qui satisfît le bon fonctionnement du service public.

Mais la conception du contrat de concession rigide va bientôt céder la place.

**

Au moment où commence à s'affirmer la notion nouvelle de concession, le Droit administratif commence à prendre corps³. Il s'élabore dans les arrêts d'espèces du Conseil d'Etat. Peu à peu s'évanouit la tendance qui poussait les juristes à rechercher dans le Droit civil la solution des problèmes que font naître les opérations administratives, — la distinction des actes de puissance et des actes de gestion a d'ailleurs disparu et, de plus en plus également, on préfère aux textes les principes juridiques. C'est désormais un droit spécial, un corps de règles autonome, le Droit administratif, qui gouverne et gouverne seul les situations administratives.

On se rappelle les raisons pour lesquelles les interprètes, au siècle dernier, considéraient le contrat de concession comme un tout complet par lui-même. A cette époque il n'existait pas, on

³ Il n'y a d'ailleurs rien de surprenant dans cette sorte de coïncidence : l'évolution de la notion de concession n'est pas un fait isolé et sans liens avec l'évolution générale du Droit administratif. La notion nouvelle de concession, singulièrement plus large que l'ancienne, n'est-elle pas bien dans l'esprit du Droit administratif moderne ?

peut bien le dire, de Droit administratif. Le contrat de concession n'aurait pu être interprété, un droit de la concession n'aurait pu se constituer que par la mise à profit des règles du Droit civil. Or, disait-on, la concession est un contrat trop différent des conventions civiles pour qu'on se hasarde à lui appliquer des textes du Code Civil.

Il existe aujourd'hui un Droit administratif, il existe en particulier un droit des contrats administratifs⁴ auquel ceux-ci sont soumis en principe. Va-t-on continuer à dire que le contrat de concession se suffit à lui-même? Non. Les raisons qui s'opposaient à l'extension à la concession des dispositions du Code Civil ne valent pas contre l'extension à la concession des principes du Droit administratif.

Bien au contraire, elles militent en faveur de cette extension, car elles mettent en pleine lumière le caractère nettement administratif de l'opération. Ce caractère administratif de la concession est d'ailleurs porté, en quelque sorte, à son maximum, avec la notion nouvelle de concession, mode de gestion des services publics. Nous l'avions déjà relevé à propos de la compétence à

⁴ Il est inutile de rappeler que les contrats passés par l'administration ne sont pas tous des « contrats administratifs », c'est-à-dire des contrats auxquels le Droit administratif, et spécialement le droit des contrats administratifs, soit applicable : pour qu'il y ait contrat administratif, il faut que l'administration agisse dans l'intérêt d'un service public et dans des conditions différentes de celles auxquelles contracte un simple particulier. (Voy. : Jèze, Contrats administratifs, chapitre 1; C. d'Et. 21 juillet 1912, Soc. des granits porphyroïdes des Vosges, Rev. du Droit publ. 1914.150, conclusions de M. le commissaire du gouvernement Blum; 19 juin 1918, Soc. des Voiliers français, Leb. 612; 3 décembre 1920, Fromassol, Rev. du Droit publ. 1921.73, conclusions de M. le commissaire du gouvernement Corneille; 23 décembre 1921, Soc. générale d'armement, Rev. du Droit publ. 1922.77, conclusions de M. le commissaire du gouvernement Rivet; 3 juillet 1925, de Mestral, D. 1926.3.17, conclusions de M. le commissaire du gouvernement Cahen-Salvador, note de M. Trobas.) On va voir, au texte, que la concession est de toute évidence et au plus haut degré un contrat administratif.

laquelle conduit cette notion nouvelle de concession, il nous le faut répéter ici : par l'acte qui le lie à l'administration, le concessionnaire ne s'oblige pas simplement à collaborer au fonctionnement d'un service public, il se charge de la gestion même d'un service public. Ainsi la concession figure, si l'on peut dire, au sommet de la hiérarchie des contrats administratifs.

On va donc appliquer, sans réserves, à la concession de service public les principes du Droit administratif. Par là, un droit de la concession auquel le juge pourra demander la solution des questions laissées dans l'ombre par les contrats particuliers va maintenant s'élaborer et s'élaborer largement.

**

Ce travail d'élaboration a produit et continue à produire un droit de la concession dont le caractère administratif est aussi prononcé que possible, plus prononcé que celui de n'importe quel autre contrat administratif. C'est logique : c'est l'idée même qui place la concession au sommet de la hiérarchie des contrats administratifs, cette idée essentielle : la concession est un mode de gestion des services publics, qui a dominé et domine toute l'élaboration du droit de la concession.

Elle est à l'origine des conceptions présentes sur la nature juridique de la concession. Nous avons à chaque instant, au cours de cette Introduction, qualifié la concession de « contrat ». Ce faisant, nous ne prétendions pas tenir pour résolue la question de la nature juridique de la concession. Seulement, en France, nul ne discute le caractère au moins partiellement contractuel de la concession : il est courant de parler du « contrat de concession » ; user de cette expression et même dire que la concession est un contrat administratif, ne préjuge en rien de la solution du grand problème de la nature juridique de la

concession, qui sera étudié dès le début de cette Deuxième Partie.

C'est parce que l'acte de concession organise le fonctionnement d'un service public qu'est aujourd'hui reconnu à l'administration le droit de modifier unilatéralement certaines dispositions du marché, — trait tout à fait remarquable du droit de la concession.

C'est parce que la concession, mode de gestion des services publics, est le plus pur des contrats administratifs, qu'elle apparaît comme le domaine où devait prendre corps et se développer le plus naturellement cette théorie caractéristique du droit des contrats administratifs qu'est la théorie de l'imprévision.

Chose tout à fait curieuse, et à première vue paradoxale, le Conseil d'Etat fait participer à l'élaboration du droit de la concession ces règles mêmes du Code Civil qui étaient écartées au temps où l'élaboration du droit de la concession n'aurait pu se faire qu'avec elles.

C'est qu'aujourd'hui les caractères spécifiques de la concession sont nettement fixés, et nous les connaissons bien. La pratique de ces trente dernières années nous a familiarisés avec eux. On craint donc moins de se fourvoyer, de fausser l'opération de concession, quand on emprunte au Droit civil les solutions de certaines difficultés que l'expérience nous a révélées.

Dans ces applications des règles du Droit civil dans la matière des concessions, nous retrouverons encore l'influence de l'idée que le concessionnaire est le gérant d'un service public.

**

Nous nous proposons dans cette Deuxième Partie de suivre les conditions particulières dans lesquelles se sont formés les

traits les plus intéressants du droit de la concession et d'analyser ces traits.

C'est précisément sur les quatre grandes questions auxquelles il vient d'être fait allusion : nature juridique de la concession; droit de l'administration de modifier unilatéralement les conditions de fonctionnement du service public; théorie de l'imprévision; extension des règles du Droit civil à la concession de service public, que nous porterons successivement notre attention.

CHAPITRE PREMIER

La nature juridique de la concession.

S'occuper de la nature juridique de la concession, c'est rechercher à quelle catégorie cet acte se rattache dans la classification générale des actes juridiques. La concession naît d'un accord de volontés entre l'administration et un entrepreneur, et elle impose à ceux-ci des obligations réciproques : on est tout naturellement porté à voir dans la concession un contrat, et l'on s'étonne même, à première vue, qu'un débat puisse s'élever sur la question de sa nature juridique.

Pourtant, n'y a-t-il dans la concession rien de plus qu'un contrat? Nous devons examiner ici comment on est parvenu aux réponses qui sont faites de nos jours à cette question considérable.

Deux théories s'opposent aujourd'hui à propos de la nature juridique de la concession : celle de M. Duguit, celle qui se dégage de la jurisprudence du Conseil d'Etat : l'une et l'autre attribuent à la concession une nature très particulière et complexe.

Elles ont succédé à la théorie qui a eu cours pendant tout le siècle dernier : celle de la concession contrat pur et simple.

Elles ont été dans quelque mesure influencées par certaines doctrines qui triomphent à l'étranger et qui font de la concession un acte unilatéral.

SECTION PREMIÈRE

LA CONCESSION CONTRAT PUR ET SIMPLE.

I

Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, la concession a été considérée comme un contrat pur et simple.

L'acte de concession est un contrat *pour tous ses éléments*, il n'est aucune de ses clauses, aucune des obligations qu'il impose au concessionnaire ou au concédant, qui n'ait un caractère contractuel et *exclusivement contractuel*.

Lorsque les auteurs définissent la concession de travaux publics traditionnelle, ils la définissent comme un contrat, et ils la définissent ainsi sans la moindre réserve¹. Au contraire, ils remarquent expressément que la concession répond à la définition du contrat que donne l'art. 1101 du Code Civil².

Cette conception exclusivement contractuelle de l'acte de concession convenait à la notion de concession qui était celle de cette époque. Mode d'exécution des travaux publics, simple variété du marché d'entreprise, ne différant de celui-ci que par le procédé de rémunération de l'entrepreneur, pourquoi la concession n'aurait-elle pas été comme l'entreprise un contrat pur et simple?

Cette conception était également en harmonie avec l'idée qu'on se faisait alors du régime juridique de la concession : elle aidait

¹ Voyez les définitions de la concession de travaux publics traditionnelle rappelées plus haut à propos de la notion de concession.

² Voyez par exemple Christophle (1^{re} éd.), tome I, n° 656.

à faire de l'opération quelque chose de très rigide, car tout ce qui est contractuel est intangible.

Sans doute, on observe bien que par suite du procédé spécial de rémunération de l'entrepreneur, « au traité qui renferme les clauses et les conditions de l'opération se joint un acte de puissance publique qui confère à proprement parler au concessionnaire la possession de la dépendance du Domaine public et le droit de percevoir la taxe » ³. On déclare que « cet acte de puissance publique fait corps avec le contrat et se présente sous forme d'approbation du contrat » ⁴. Il ne change rien à la nature de la concession.

C'est de même pour conclure, en 1904 encore, que « l'opération est entièrement contractuelle », que M. Hauriou (note au S. 1904.3.82) distingue dans la concession deux contrats juxtaposés et combinés : 1° l'acte de concession auquel l'autorité supérieure vient donner sa perfection, mais qui est essentiellement un contrat entre le concessionnaire et l'administration qui veut organiser le service; 2° le traité financier de la concession. Et si le doyen de Toulouse compare ce dédoublement de la concession en deux actes, avec le mariage et le contrat de mariage, il ne tire rien du caractère institutionnel du mariage pour déceler dans la concession quelque chose d'institutionnel et de réglementaire.

II

Pratiquement, les tribunaux se sont-ils cependant toujours tenus au principe du caractère purement contractuel de la concession?

³ Hauriou, Précis, 2^e éd. (1893), p. 626.

⁴ *Id.*, *ibid.*

On est tenté de répondre affirmativement si l'on considère certaines solutions qu'ils ont données. Il faut en signaler quelques-unes.

Les cahiers des charges contiennent des clauses qui réglementent le fonctionnement du service public exploité par le concessionnaire comme rémunération des travaux qu'il a exécutés.

On a quelquefois demandé aux tribunaux judiciaires de les considérer comme des règlements de police, comportant à défaut de sanction expresse celle de l'art. 471, paragr. 15, C. Pénal, et de réprimer par les peines portées à ce texte les infractions que les concessionnaires ou leurs préposés commettaient aux dispositions en question⁵ : les tribunaux s'y sont constamment refusés⁶. (Cass. crimin. 10 mai 1844, Compagnie de Paris à Rouen, D. Rép., v^o concession administrative, n^o 106, n. 3⁷; 24 janvier 1852, D. 1852.1.62; 22 avril 1868, Comp. de l'Est, S. 1868.1.203; 2 mai 1873, Bizetzký, D. 1873.1.172)⁸.

⁵ Un auteur qui fait autorité en matière de législation des chemins de fer, Lamé-Fleury, estimait que le cahier des charges des compagnies, tout en constituant essentiellement un contrat, présentait, en raison du caractère de service public de l'exploitation des chemins de fer, *un certain aspect réglementaire*, et que les infractions à ces règles devaient être sanctionnées par les peines de l'art. 471-15^o du C. pén. (Code annoté des chemins de fer en exploitation, p. 290.) Cette opinion était restée isolée.

⁶ En faveur de cette solution, Gautier, I, p. 404; Ducrocq, IV, p. 261.

⁷ « ... Le fait pour lequel les intervenants étaient poursuivis... ne peut donner lieu à l'application de l'article 471, n^o 15 C. pén. ... en effet..., d'une part un cahier des charges n'étant autre chose qu'un contrat, la violation des obligations conventionnelles qu'il impose n'est pas de nature à être réprimée par des condamnations pénales. »

⁸ « ... Le cahier des charges imposé à une compagnie de chemins de fer, loin d'être un règlement d'administration publique, n'est autre chose qu'un contrat intervenu entre l'Etat et cette compagnie, et... la violation des obligations conventionnelles qu'il impose n'est pas dès lors de nature à être réprimée par la loi pénale. » Il s'agissait cependant dans cette affaire de l'orga-

C'est le rôle naturel de l'administration que de réglementer le fonctionnement des services publics. Mais, affirmer que toutes les stipulations d'un acte sont de nature exclusivement contractuelle, cela signifie — et cela signifie d'ailleurs aujourd'hui comme hier, en Droit administratif comme en Droit civil, — que l'acte est intangible : le contrat fait la loi des parties ; seule, la volonté des contractants peut défaire ce que leur volonté a fait. Effectivement, on estime que les obligations du concessionnaire touchant aux conditions d'exploitation du service public ne peuvent être modifiées sans son assentiment. L'administration a lié par le contrat son pouvoir de réglementation des services publics : elle ne peut exiger un service différent de celui qui a été prévu au marché, même si tel est l'intérêt du bon fonctionnement du service ⁹.

Enfin, ces articles du cahier des charges qui ont trait aux conditions de fonctionnement du service sont essentiellement destinés à pouvoir être invoqués par d'autres et appliqués à d'autres que les parties à la convention, principalement par les usagers du service et aux usagers du service. On explique l'effet de ces dispositions vis-à-vis des usagers en disant qu'elles constituent des stipulations pour autrui auxquelles ils donnent leur adhésion en contractant avec le concessionnaire ¹⁰.

Seulement, parmi ces clauses intéressant les usagers se trouve le tarif des péages : c'est même une des plus importantes qui

nisation du service : savoir, si un chef de gare pouvait, en cours de route, modifier l'affectation d'un compartiment de dames seules et enlever la plaque indicatrice.

⁹ Ce point sera développé plus loin, p. 178 et s.

¹⁰ En ce sens, Lambert, *La stipulation pour autrui*, thèse, Paris, 1893 ; Labbé, note sous Cour de Cass. de Belgique, 28 juillet 1888, S. 1889.4.9.

soient. Stipulation pour autrui, le tarif ne peut être interprété, comme toute clause du marché, que par le Conseil de Préfecture, juge du contrat de concession, et aussi bien quand la question d'interprétation surgit dans un litige entre concessionnaire et usager que dans un litige entre concessionnaire et concédant. Or il est très fréquent que la solution d'un litige pendant devant un tribunal judiciaire, entre concessionnaire et usager, sur la perception d'une taxe, exige l'interprétation du tarif.

Dans une telle hypothèse, le tribunal judiciaire saisi va-t-il surseoir à statuer jusqu'au règlement par la juridiction administrative de la question préjudicielle d'interprétation du tarif? Cette solution serait imposée par la logique juridique, elle serait détestable au point de vue pratique. Les tribunaux judiciaires se reconnaissent le droit, en pareille occurrence, d'interpréter eux-mêmes les tarifs; corrélativement, le Conseil d'Etat refuse aux Conseils de Préfecture toute compétence pour donner, dans le même cas, une interprétation ¹¹.

Reste à justifier théoriquement cette solution.

En ce qui concerne les tarifs de chemins de fer, deux systèmes sont en présence :

Un arrêt du premier Tribunal des Conflits du 3 janvier 1851, Chemin de fer d'Amiens à Boulogne, Leb. 1 ¹², et la jurisprudence de la Cour de Cassation (19 janvier 1858, Comp. d'Orléans, S. 1858.1.238; 31 janvier 1859, D. 1859.1.218; 5 février 1861, Contet Muiron, D. 1863.1.364; 31 décembre 1866, Pauillac, D. 1867.1.56; 31 décembre 1879, S. 1880.1.315, etc.) affirment que les tarifs de

¹¹ Dans les rapports entre le concédant et le concessionnaire, au contraire, le tarif ne peut être interprété que par le Conseil de préfecture : voy. par ex. Aucoc (1^{re} édit.), III, p. 48 (n° 968), 2^e édit., p. 51, n° 1002.

¹² Dans cette affaire, le Commissaire du Gouvernement avait soutenu que le tarif du cahier des charges et les tarifs homologués sont des actes administratifs dont l'interprétation ne peut être donnée que par l'autorité administrative.

chemins de fer, tarifs de cahiers des charges comme tarifs homologués, doivent être regardés comme des « actes législatifs » ; ils ont « force de loi », « force légale », ils sont des lois. Pourquoi? Les uns, ceux qui ont été approuvés par une loi, parce qu'ils font partie intégrante de cette loi et en prennent le caractère ; les autres, ceux qui ont été ratifiés par un acte émanant d'un agent administratif, parce que cet agent jouissait, en l'espèce, d'une délégation ou d'une subdélégation du législateur ¹³. La principale fonction des tribunaux judiciaires, comme de tout juge, est d'appliquer et d'interpréter les lois : acte législatif et non point acte administratif contractuel, le tarif sera interprété par l'autorité judiciaire elle-même ¹⁴.

Aucoc ¹⁵ s'est vivement élevé contre cette théorie de la Cour de Cassation. Les cahiers des charges ne sont pas des lois, ils sont seulement approuvés par le Parlement, et il est contraire aux principes généraux du Droit que l'acte d'approbation communique ses caractères à l'acte approuvé. Pour les tarifs non soumis au Parlement, l'idée d'une délégation et d'une subdélégation du législateur ne résiste pas à l'examen.

Suivant Aucoc, — et le système avait été déjà exposé par Serrigny ¹⁶, il a été adopté plus tard par Laferrière ¹⁷, — la compétence judiciaire est fondée sur ce que les péages sont des taxes assimilables aux contributions indirectes : or c'est à l'au-

¹³ Voy. Dereux, *Nature juridique des tarifs de chemins de fer*, p. 21 et s.

¹⁴ La Cour de Cassation dit dans son arrêt du 31 décembre 1866 : « L'ordonnance du 15 novembre 1846 et le *cahier des charges* imposé aux compagnies de chemin de fer sont des *actes législatifs dont l'interprétation* et l'application, à l'égard des tiers, appartiennent aux tribunaux judiciaires ; ... il en est de même des *tarifs dressés en exécution de ces dispositions*, et qui, comme elles, deviennent la loi du public et des compagnies. »

¹⁵ 1^{re} éd., t. III, n° 1273 et 1503. — Voy. une autre critique de la théorie dans : Dereux, p. 38 et n. 1, 40 à 47.

¹⁶ *Traité de la Compétence*, t. II, n° 655.

¹⁷ 2^e éd., t. I, p. 696 à 699.

torité judiciaire qu'a été laissé le contentieux des contributions indirectes par les lois des 7-11 septembre 1790 et du 5 ventôse an XII, et ce contentieux comporte l'interprétation des actes instituant la taxe, même lorsque celle-ci a été établie par un acte administratif ¹⁸.

La théorie d'Aucoc est celle du Conseil d'Etat (sur confl. 17 avril 1866, Chemin de fer de Paris à Lyon, Leb. 381; 17 janvier 1867, Chemin de fer de Paris à Lyon, Leb. 87; 15 février 1884, Jurie et Courtet, S. 1885.3.78 ¹⁹; dans le même sens : Confl. 9 mai 1851, Astugue, S. 1851.2.580. Concl. de M. le Commissaire du Gouvernement Cornudet).

Serrigny, Aucoc, Laferrière, le Conseil d'Etat ne l'appliquent pas seulement aux tarifs de chemins de fer, ils l'étendent logiquement à ceux de toutes les concessions.

La Cour de Cassation l'a invoquée dans des décisions assez récentes relatives au tarif de concessions de pompes funèbres. (Civ. 28 janvier 1914, Soc. des Pompes funèbres générales c. Chansel, et Civ. 9 février 1914, Soc. des Pompes funèbres générales c. Sosson, D. 1922.1.219. Note de M. Dupré la Tour.)

L'explication donnée par les auteurs du Droit administratif et le Conseil d'Etat du pouvoir qui appartient à l'autorité judiciaire d'interpréter les tarifs n'est pas sans valeur : on assimile

¹⁸ « Les actes en question constituent le titre de perception contre les redevables, la base de leur obligation prétendue : les tribunaux juges de cette obligation sont aussi les juges du titre d'où elle dérive, de son interprétation s'il est ambigu, de sa légalité si l'on conteste son caractère obligatoire. » (Laferrière, t. I, p. 696.)

¹⁹ « Le jugement des contestations relatives soit à l'application et à la perception, soit à l'interprétation des tarifs autorisés pour le transport des voyageurs dans les tramways a lieu comme en matière de contributions indirectes. »

les redevances versées par les usagers des services publics organisés en régie à des contributions indirectes; il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas de même des péages dus par les usagers des services exploités par des concessionnaires et pour qu'on ne tire pas de ce fait toutes ses conséquences logiques.

Par ailleurs, cette explication est commode, et c'est peut-être pour cela qu'elle continue à être utilisée aujourd'hui malgré l'apparition des conceptions nouvelles que nous verrons, sur la nature juridique de certaines dispositions des actes de concession.

Mais il n'en demeure pas moins que le fait de conférer aux tribunaux judiciaires l'interprétation des tarifs est en contradiction manifeste avec le principe du caractère purement contractuel du cahier des charges.

Nous avons, dans cette contradiction, une indication précieuse sur la faiblesse de la théorie de la concession contrat pur et simple.

Qu'est-ce que le tarif, sinon, comme nous l'avons noté, une de ces clauses de la convention qui organisent le fonctionnement du service que le concessionnaire a reçu le droit de gérer pour se couvrir de ses frais de construction des ouvrages? Ces clauses ne ressemblent pas aux autres dispositions du marché : elles débordent hors du cercle des parties contractantes²⁰, elles s'adressent au public. Peuvent-elles avoir la même nature et le même régime que les autres?

Les tarifs étant celles de ces clauses dont le public a le plus souvent à connaître, c'est avec eux que les insuffisances de la théorie du contrat pur et simple pouvaient s'affirmer le plus tôt.

Ces insuffisances, qui apparaissent dès le temps de la conces-

²⁰ Comp. : Thaller et Jossierand, *Traité de Droit commercial, Les Transports*, p. 191.

sion de travaux publics traditionnelle, se sont détachées de plus en plus nettement à mesure que s'est avancée au premier plan parmi les éléments de la concession, la gestion d'un service public. Ces insuffisances sont devenues même parfois de graves inconvénients. En particulier, il est apparu inadmissible que l'administration se fût dépouillée par un contrat de son pouvoir de réglementation des services publics.

On s'explique, dès lors, la transformation qui va se produire au cours des premières années de ce siècle dans la conception de la nature juridique de la concession. La conception nouvelle sera inspirée de cette idée qui prend corps dans le Droit administratif, — et dont l'influence s'est manifestée en d'autres domaines : par exemple dans la matière de la fonction publique, — que tout ce qui touche à l'organisation d'un service public a un caractère légal et réglementaire. C'est la pensée profonde de la théorie de M. Duguit et de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Cette transformation a peut-être été hâtée par le développement qui s'est manifesté dans des pays voisins du nôtre, de doctrines qui donnaient à la concession la nature d'un acte unilatéral. Ces doctrines méritent d'être au moins brièvement rappelées.

SECTION II

LA CONCESSION ACTE UNILATÉRAL.

Le terme de concession évoque l'idée d'une faveur accordée par l'administration. Assez facilement devait-on donc songer à considérer la concession comme un acte unilatéral de l'administration : c'est en Allemagne et en Italie que cette conception a été le plus répandue.

Il est à noter que les théories allemande et italienne, qui vont être examinées, groupent toutes les concessions administratives pour en étudier la nature juridique : elles ne se limitent pas aux concessions de service public et de travaux publics.

§ 1.

La théorie allemande.

On trouve dans la littérature allemande deux courants d'opinions sur la nature juridique des *actes administratifs spéciaux*. Certains auteurs soutiennent qu'un acte administratif ne peut *jamais* avoir un caractère contractuel : les concessions sont donc toujours inévitablement, d'après cette opinion, des actes unilatéraux. Mais, si d'autres théoriciens admettent l'existence de contrats à côté des actes administratifs unilatéraux, les seconds étant d'ailleurs la règle, les premiers l'exception, aucun d'entre eux ne range parmi les contrats les concessions administratives.

Otto Mayer²² présente donc ainsi la concession : *les droits* du concessionnaire émanent d'un *acte unilatéral des gouvernants*; *ses obligations* naissent de sa *soumission volontaire*, résultant de sa demande ou de l'acceptation de la concession. Comme la nomination du fonctionnaire d'ailleurs, la concession est un « *acte administratif sur soumission* ». Les pourparlers qui précèdent la concession fixent les conditions et la mesure de cette soumission : ils déterminent le contenu exact de l'acte administratif qui est rendu possible par cette soumission. Mais la situation juridique créée est produite exclusivement par la manifestation unilatérale de volonté de l'administration.

Il en résulte une grande souplesse de l'acte de concession :

²² Le Droit administratif allemand, t. IV (édition française), p. 161.

la situation qu'il a seul établie, le concédant pourra la modifier par sa seule volonté : ainsi il pourra modifier la condition du concessionnaire, même au cours de la concession, sans que le concessionnaire puisse se plaindre : « La concession du chemin de fer, écrivait Otto Mayer ²³, est un acte de droit public, un acte de souveraineté; par conséquent, il ne peut en découler des droits de l'entrepreneur contre l'Etat. L'Etat pourra, à tout moment, restreindre ou révoquer ce qu'il a accordé : *qui suo jure utitur, neminem laedit* » ²⁴.

§ 2.

*La théorie italienne de la concession-licence
et de la concession-contrat* ²⁵.

C'est une doctrine moins absolue que la doctrine allemande. Elle apparaît pour la première fois dans un avis du Conseil d'Etat italien (section de l'Intérieur) du 10 mars 1879. Elle a été exposée surtout par Mantellini ²⁶ et Giorgi ²⁷ : chacun de ces auteurs n'a pas, d'ailleurs, présenté exactement la même construction.

²³ P. 164.

²⁴ Rapprocher une dépêche du Conseil Fédéral suisse, du 16 juin 1871 : « Les concessions sont des actes de souveraineté. L'Etat ne pactise pas avec la société du chemin de fer sur l'exercice de sa souveraineté, pas plus qu'avec les aubergistes, pharmaciens, bouchers, etc..., auxquels il accorde des concessions. » (Compagnie du chemin de fer de l'Ouest contre Confédération suisse.) (Cité par Rieu, *Nature juridique des concessions de travaux publics*, p. 11, n. 1.)

²⁵ Ce développement est emprunté à la thèse de M. Jean Guillaouard, *Notion juridique des actes d'exécution, des autorisations et des concessions administratives*, p. 110 et suivantes.

²⁶ *Lo stato e il codice civile*, Florence, Barbera, 1882, vol. II, p. 505 et suiv.

²⁷ *La dottrina delle persone giuridiche*, Florence, Cammelli, vol. II, 1891, p. 461 et s.; vol. III, 1892, n° 134, p. 273 et s.

Le principe est que la concession est un acte unilatéral. Seulement, sa nature peut se modifier en raison de certaines circonstances et devenir contractuelle. De sorte que les concessions se diviseront en deux grandes catégories : d'une part, les concessions unilatérales qu'on nomme encore les concessions-licences; d'autre part, les concessions bilatérales ou concessions-contrats ²⁸.

Comment se fera la répartition des concessions entre les deux classes?

Mantellini prend pour critérium les éléments rencontrés dans l'acte de concession envisagé : y a-t-il dans cet acte des obligations pour l'autorité concédante? Dans l'affirmative, on verra en lui une concession-contrat. Il faut observer que, pour *Mantellini*, seules peuvent être concessions-contrats celles que l'Etat fait à qui assume la charge d'un travail public. Les obligations, acceptées par l'administration, grâce auxquelles la concession de travaux publics *incidit in contractum*, ce seront par exemple les promesses d'une garantie d'intérêts, ou de subventions pour la construction des ouvrages, ou le fonctionnement des établissements qui sont l'œuvre du concessionnaire.

Tant était forte la conception de la concession acte unilatéral que *Mantellini* ajoute, comme s'il éprouvait quelque regret de ce qu'il vient d'énoncer, avec précision cependant..., « que l'acte demeure, malgré tout, acte de concession, et que les obligations de l'Etat prennent naissance plus par les lois (ou les actes ad-

²⁸ C'est la théorie qui prévaut en Italie sur la nature juridique des concessions; cependant, elle n'est pas universellement admise; en sens contraire, on peut citer : *Gianzana*, pour lequel toutes les concessions sont de vrais contrats qui doivent suivre les règles du Droit civil commun; entre l'opinion de *Gianzana* et celle de *Mantellini* et *Giorgi*, il y a place pour une opinion intermédiaire, celle de *Ratto*, dont le système est compliqué et obscur. (Voy. sur tous ces points, *J. Guillouard*, *Notion juridique...*, p. 117 et s.)

ministratifs), ces lois (ou actes administratifs) dans lesquelles la concession est faite..., que par le contrat... » ²⁹.

Giorgi range dans la catégorie des concessions-contrats tous les cas où l'acte de concession est accompagné d'un contrat ou d'un acte adjoint qui impose des obligations et des droits réciproques : c'est l'existence de ce contrat ou acte adjoint qui change le caractère juridique de la concession, qui, d'acte unilatéral qu'elle était, devient un acte bilatéral. Et il y a des concessions-contrats non seulement dans les concessions de travaux publics, mais encore dans les autres concessions, concessions de biens domaniaux, patrimoniaux, etc...

§ 3.

La concession acte unilatéral complexe.

A vrai dire, on comprend assez mal comment, de la réunion de deux actes de nature juridique différente, *Mantellini* et *Giorgi* font sortir un acte empruntant exclusivement le caractère de l'un d'eux.

Beaucoup plus satisfaisante pour l'esprit est la théorie d'un autre auteur italien, *Raneletti* ³⁰, qui, lui d'ailleurs, demeure entièrement fidèle au principe de la concession acte unilatéral.

Selon lui, bien qu'unie à d'autres actes, la concession conserve sa nature.

Sans doute, elle a été précédée d'actes par lesquels le particulier qui la sollicite s'oblige à certaines prestations, et il y a une connexité certaine entre eux et la concession, puisque celle-ci ne peut atteindre son but sans l'existence de ces engagements

²⁹ Guillouard, *Notion juridique*, p. 113.

³⁰ *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, 3 vol., Turin, 1894-1897. — Voyez sur cette théorie : *Pilon*, *Monopoles communaux*.

de la part du concessionnaire. Mais il ne s'ensuit pas que l'on soit en face d'un acte unique, né d'un accord de volonté de l'administration et du particulier.

La concession est un acte de puissance publique. Elle ne peut donc pas être un acte bilatéral, car ce serait admettre qu'un particulier peut contribuer à la constitution d'un acte de puissance publique, ce qui est impossible. Elle est nécessairement un acte unilatéral émanant de l'administration qui déclare sa propre volonté.

Mais, dans ces conditions, la concession peut bien créer des droits au profit du concessionnaire, elle ne peut pas lui imposer des obligations. Celles-ci existent par la seule volonté du concessionnaire. Les actes qui le lient, et le lient indépendamment de la concession, sont des actes de caractère également unilatéral, mais alors ce sont des actes unilatéraux de Droit privé.

En résumé, l'opération est une opération complexe, formée par la réunion de deux actes unilatéraux.

SECTION III

LA THÉORIE DE M. DUGUIT.

§ 1.

La théorie.

La théorie de la nature juridique de la concession qu'a soutenue M. Duguit³¹ est une application de sa théorie générale de l'*acte juridique*³².

³¹ Les transformations du Droit public, p. 129 et s.; Traité de Droit constitutionnel, 2^e édit., t. I, p. 313 à 315; t. III, p. 414 et 415.

³² Voyez la théorie de l'acte juridique que donne M. Duguit, dans : Traité de Droit constitutionnel, 2^e édit., t. I, p. 211 et s.

M. Duguit définit l'acte juridique : « Tout acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification dans l'ordonnement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit, ou tel qu'il existera à un moment futur donné » ³³. A une époque donnée et dans une société donnée, il existe un ensemble de situations juridiques nettement définies : situations générales objectives issues de lois et de règlements; situations individuelles subjectives. Cet ensemble de situations juridiques constitue l'ordonnement juridique existant audit moment dans ladite société. Pour qu'une manifestation extérieure d'activité, volontaire, soit un acte juridique, il faut qu'elle ait pour but une modification de cet ordre juridique qui lui préexiste, une modification à une situation générale objective ou à une situation individuelle subjective.

M. Duguit distinguait trois catégories d'actes juridiques :

I. — Dans une première, il rangeait les actes modifiant l'ordre juridique existant en tant que celui-ci est constitué par des règles de droit générales et impersonnelles; en d'autres termes, les actes introduisant des situations juridiques objectives nouvelles. Ce sont les *actes-règles* ou *actes-lois*. Ils ont exclusivement le caractère *objectif*, puisque à leur suite se produit uniquement une modification dans le domaine du droit objectif, sans qu'il soit touché en quoi que ce soit à la situation d'un ou de plusieurs individus déterminés. Exemple : en Droit public : les règlements.

II. — Certaines règles du droit objectif, quoique étant sans aucun doute des dispositions par voie générale et abstraite, ne s'appliquent pas indistinctement à tous les membres du groupement social, mais seulement « à ceux qui se trouvent dans

³³ Page 219.

certaines conditions, à ceux qui seront déterminés par un acte fait conformément à la règle elle-même ». Cet acte, qui a pour but d'appliquer à un individu qui n'y était pas soumis antérieurement un certain statut juridique objectif, appartient à une nouvelle catégorie d'actes juridiques. Il est objectif en ce sens qu'il n'a d'autre résultat que de conduire à l'application de certaines dispositions du droit objectif; mais il a quelque chose de subjectif puisqu'il conditionne leur application à un sujet déterminé. M. Duguit donnait à cet acte le nom d'*acte-condition*. Exemples d'actes-conditions : le mariage, la nomination de fonctionnaire : la situation juridique du fonctionnaire est fixée par un certain nombre d'actes objectifs (lois, règlements); la nomination a pour effet de soumettre au statut juridique que forme l'ensemble de ces actes une personne déterminée; l'acte juridique qu'est la nomination du fonctionnaire est la condition de l'application à celui-ci de la situation objective de fonctionnaire.

III. — Enfin, il est des actes qui créent des « situations juridiques subjectives », des actes à la suite desquels « apparaît à la charge d'un sujet une obligation spéciale, concrète, individuelle, momentanée, qui n'était point créée par le droit objectif, qui n'existerait point à la charge de cet individu par l'application d'une règle quelconque du droit objectif ». Ces actes sont purement *subjectifs*. M. Duguit leur donne très naturellement et très simplement le nom d'*actes subjectifs*. Le type par excellence en est « le contrat proprement dit ».

Mais on peut envisager une autre répartition — répartition faite alors à un autre point de vue — des actes juridiques.

Il y a des actes juridiques qui se produisent à la suite de la manifestation d'une volonté unique. Ce sont les *actes unilatéraux* : par exemple, en Droit public, les arrêtés préfectoraux; en Droit privé, les testaments.

D'autres actes juridiques sont le résultat de la manifestation de plusieurs volontés. Ce sont les *actes juridiques plurilatéraux*.

Dans cette hypothèse, il convient de faire une nouvelle distinction.

Il peut y avoir plusieurs volontés concourantes, plusieurs déclarations de volonté ayant le même objet et déterminées par le même but, mais non point l'une par l'autre : il n'y a pas accord de volontés. Cet acte fait naître une situation légale, une loi, une règle : c'est un *acte-règle*. Il est désigné par les juristes allemands sous le nom de *gesammtakt*, expression que M. Duguit traduit par « *acte collectif* ». Exemple : l'acte constitutif d'une association : les déclarations de volonté des membres sont déterminées par un but commun, elles concourent vers lui, elles ne sont point déterminées l'une par l'autre ; il n'y a point accord de volontés entre les milliers de personnes qui adhèrent à la même association et ne se connaissent même pas.

Il peut y avoir au contraire plusieurs déclarations de volonté déterminées l'une par l'autre, accord de volontés. On dit alors qu'il y a « *convention* ».

Une convention, dit M. Duguit, n'est pas forcément un *contrat*.

L'accord de volontés peut faire naître une règle permanente ou bien l'application d'un certain statut juridique objectif. Ici, il s'agit bien de volontés déterminées l'une par l'autre : il y a bien accord de volontés. Mais ces volontés ont le même objet, à savoir la naissance de la règle ou de la situation légale : elles n'ont pas des intérêts opposés, elles s'unissent en vue d'un même objet : il y a fusion des volontés, union. Cette convention est l'acte que certains auteurs allemands appellent « *Vereinbarung* » : M. Duguit propose de le qualifier d'*union*. La convention en question est soit une *convention-règle* ou *convention-loi*, soit une *convention-condition*.

Il faut en effet reconnaître, dit M. Duguit, qu'il y a des lois,

des « lois proprement dites », dispositions par voie générale et abstraite réglant pendant un temps indéterminé des situations individuelles, qui ne sont pas l'œuvre d'une volonté unilatérale formulant un commandement, et qui ne sont pas non plus le simple résultat d'un concours, d'une collaboration de volontés, comme les lois des associations, mais qui sont « l'œuvre de volontés qui font véritablement une convention ». C'est le cas de beaucoup de traités entre Etats qui établissent des lois internationales, constituant ainsi une source importante du Droit international : par exemple, les traités créant un office international, une union postale : ce sont des traités-lois. C'est également le cas de la convention collective de travail, acte qui intervient entre un groupe de patrons et un groupe d'ouvriers d'une région et d'une profession déterminées, et définit les conditions suivant lesquelles seront passés les contrats de travail individuels dans le corps de métier intéressé : cet acte crée des règles générales et impersonnelles pour tous les ouvriers de la profession : il est une convention-loi.

La nomination de fonctionnaire, le mariage sont des accords de volontés qui réalisent l'application d'un certain statut objectif : ce sont des conventions-conditions.

En face de ces conventions qui sont des unions et dont le propre est de produire des situations objectives, apparaît le *contrat*.

Une convention est un contrat et n'est un contrat que lorsqu'elle fait naître entre deux ou plusieurs personnes déterminées une situation juridique subjective, des rapports individuels et momentanés de créancier et de débiteur; rapports individuels : le contrat lie deux ou plusieurs personnes, et elles seulement, c'est le principe de la relativité des contrats; rapports temporaires : quand la prestation prévue a été exécutée, le lien de droit disparaît; rapports de créancier et de débiteur : l'un des contractants est obligé d'accomplir une certaine prestation dont

l'autre peut exiger l'exécution, ce qui fait ressortir immédiatement l'opposition des buts que visent les parties quand elles s'accordent : les deux volontés s'accordent, mais elles n'en sont pas moins antagonistes, ce sont les volontés d'individus ayant des intérêts opposés : le propriétaire qui donne son immeuble à bail cherche à obtenir un loyer aussi élevé que possible, le locataire le prix le plus bas.

**

La concession est précédée de négociations ayant abouti à une entente entre l'administration et l'entrepreneur. Elle est certainement une convention.

Mais elle présente des clauses dont la physionomie diffère profondément.

Les unes imposent aux parties, concédant et concessionnaire, l'accomplissement de certaines prestations vis-à-vis l'une de l'autre : par exemple, au concédant, l'obligation de fournir une subvention ou une garantie d'intérêts ; au concessionnaire, l'obligation de verser une redevance ou de faire participer l'administration à ses bénéfices. Ces dispositions n'intéressent directement que les rapports entre le concessionnaire et le concédant ; on ne les comprendrait pas si le service public, au lieu d'être concédé, était exploité en régie.

Mais, si le service public est concédé, il n'en demeure pas moins un service public, et le cahier des charges renferme tout naturellement une série de dispositions organisant l'exploitation, prévoyant le mode et les conditions d'exploitation du service : le cahier des charges d'une concession de chemin de fer fixe, par exemple, le nombre des trains qui doivent circuler chaque jour sur les lignes, le tarif des parcours, des mesures dans l'intérêt de la sécurité publique, etc. De telles stipulations n'intéressent pas seulement le concédant et le concessionnaire. Un nombre indéterminé d'individus, les usagers du service,

vont en jouir ou en souffrir. Si le service public, au lieu d'être concédé, était directement géré par l'administration, toutes ces dispositions figureraient dans la loi formelle ou le règlement organisant le service.

Les clauses de la première catégorie correspondent à un accord de volontés qui fait naître des rapports particuliers de créancier et de débiteur entre le concédant et le concessionnaire : elles ont un caractère subjectif. Elles sont bien les clauses d'un contrat.

Avec les clauses de la deuxième catégorie, nous sommes au contraire en face d'une situation générale et impersonnelle, d'une situation juridique objective. Ces articles de la convention constituent la loi du service public. Si celui-ci fonctionnait en régie, on ne contesterait pas au texte fixant ses détails d'exploitation, loi formelle ou règlement, la nature intrinsèque de loi. Insérées dans le cahier des charges d'une concession, ces dispositions organiques ne perdent rien de leur nature. Elles n'ont donc rien de contractuel, elles sont le produit d'une union des volontés du concédant et du concessionnaire en vue de créer une loi, elles ont le caractère de convention-loi³⁴.

Ainsi, pour M. Duguit, la concession de service public est un acte complexe : elle est une convention dont les dispositions ont les unes le caractère de conventions-lois, les autres une nature contractuelle.

³⁴ « Actuellement, disait M. Duguit (*Transformation du Droit public*, p. 136), la loi n'est plus conçue comme l'ordre souverain de la puissance commandante; elle trouve sa force dans sa destination à un service public; elle est le statut d'un service public. Lorsque l'organisation et le fonctionnement d'un service sont réglés par un acte unilatéral de l'administration, la loi reste un acte unilatéral. Mais lorsque, comme pour les services concédés, l'organisation et le fonctionnement du service sont déterminés par une convention entre l'administration et un particulier... la loi de ce service est une loi-convention. Elle est néanmoins une loi avec tous les caractères de la loi; avec son caractère de disposition par voie générale et la sanction juridictionnelle. »

« Un critérium, d'ailleurs simplement formel, mais exact et commode, permet de distinguer facilement les clauses contractuelles et les clauses réglementaires. Sont clauses contractuelles toutes les dispositions qui ne seraient pas concevables si le service public était exploité en régie... Au contraire, sont clauses réglementaires formant véritablement la loi de service, celles qui contiennent des dispositions concevables et existant en fait pour un service public exploité directement par l'administration... » ³⁵.

M. Jèze, dont la conception de la nature juridique de la concession différerait autrefois de celle de M. Duguit, — il voyait dans les clauses réglementaires du cahier des charges des dispositions de caractère unilatéral ³⁶, — s'est rallié, depuis, à la théorie du doyen de Bordeaux ³⁷.

§ 2.

Les effets logiques de la théorie.

Le régime juridique auquel seront soumises les clauses réglementaires et les clauses contractuelles de la concession différera profondément, suivant qu'il s'agira des unes ou des autres : les deux régimes seront même nettement séparés.

Les clauses réglementaires étant des lois au sens matériel, ont le *caractère de généralité de la loi* et sa *sanction juridictionnelle*.

A. — Ayant le caractère de généralité de la loi, elles n'obligent

³⁵ Traité de Droit constitutionnel, t. I, p. 314.

³⁶ Voyez Revue du Droit public, 1905, p. 349.

³⁷ Voy. Principes généraux, 3^e édit., t. I, p. 61.

pas seulement le concédant et le concessionnaire, elles ne profitent pas seulement à ceux-ci, elles s'appliquent à des tiers non parties à la convention. En particulier, tous ceux qui useront ou désireront user du service, et aussi les agents du concessionnaire, y sont soumis et peuvent s'en prévaloir.

Ainsi, à la suite du bouleversement économique causé par la guerre, des modifications très importantes ont été apportées aux tarifs de presque toutes les entreprises concédées, soit à la suite de décisions judiciaires appliquant la théorie dite de l'imprévision, soit à la suite d'accords amiables intervenus entre l'administration et les concessionnaires, quelquefois par application de clauses de variations économiques insérées au cahier des charges. Ces relèvements de tarifs devaient s'imposer aux usagers. Effectivement, la jurisprudence les a fait supporter à des usagers unis au concessionnaire par des contrats, en particulier en matière de distribution d'eau et de lumière, à des usagers liés à l'entrepreneur par des polices d'abonnement³⁸. (Tribunal civil de la Seine, 10 mai 1916, Delille, Gazette Trib. 10 mai 1916. Conclusions de M. le Substitut Regnault; Paris, 15 mai 1919, Société d'éclairage, chauffage et force motrice, S. 1921.2.93; Req. 19 juillet 1920, de Rodellec de Porzic, et 4 mai 1921, Société intercommunale d'éclairage, D. 1922.1.41. Note de M. Appleton, S. 1922.1.65 — note de M. Mestre; Lyon, 25 juillet 1921, Trolliet, D. 1922.2.19, Rev. des conces. 1922.135. Conclusions de M. l'Avocat général Laroque; Civ. 20 février 1923, Grandin, D. 1926.1.43; S. 1923.1.193. Note de M. Mestre; Req. 15 avril 1924, Trolliet, D. hebdomadaire 1924.393; Trib. civ. de Lyon 21 novembre 1925, Société de distribution d'énergie électrique du Rhône, Rev. des conces. 1925.298³⁹.)

³⁸ Il n'y a d'exception que pour les usagers liés au concessionnaire par des conventions particulières, dérogoires aux polices-types.

³⁹ Voyez sur cette question : Decencière Ferrandière, De l'effet à l'égard

Dans de telles hypothèses, comme d'ailleurs en toutes autres, il n'est plus besoin, avec la théorie de M. Duguit, de faire intervenir l'idée de stipulation pour autrui dans les relations du concédant et du concessionnaire vis-à-vis des usagers et des agents ⁴⁰.

B. — La clause réglementaire étant une loi au sens matériel, « c'est un devoir pour les gouvernants et pour tous ceux qui sont chargés d'assurer le fonctionnement du service d'agir conformément à cette loi. Tout acte fait par eux conformément à la loi du service est licite. Si c'est un acte matériel, il ne peut, en principe, entraîner responsabilité. Si c'est un acte juridique, il produit un effet de droit qui échappe à toute annulation. Au contraire, si l'acte, décision ou opération matérielle, est contraire à la loi du service, il donnera lieu à une réparation ou à une annulation. Le particulier qui est victime d'un préjudice pourra obtenir une réparation, ou provoquer une annulation par la juridiction compétente de l'acte juridique contraire à la loi du service » ⁴¹.

Appliquons ces principes :

Le cahier des charges d'une concession de tramways impose à l'entrepreneur de fermer par une chaîne l'entrée des voitures. Le concessionnaire ne respecte pas cette obligation. Un voyageur se trouvant sur la plate-forme d'une voiture fait un geste malheureux, perd l'équilibre et tombe sur la chaussée, se blessant grièvement. Il a droit à une indemnité fondée sur la faute du concessionnaire et le dommage qu'il a subi.

S'agit-il d'un acte juridique qui viole une clause réglemen-

des tiers des augmentations de tarifs dans les concessions de gaz et d'électricité, thèse, Paris, 1926.

⁴⁰ Dans l'affaire Delille, Tribunal civil de la Seine, 10 mai 1916, M. le substitut Regnault a pourtant encore invoqué l'idée de stipulation pour autrui.

⁴¹ Duguit, *Traité de Droit constitutionnel*, 2^e édit., t. II, p. 64.

taire? Le recours pour excès de pouvoir ne peut être fondé que sur la violation des règles de droit. Précisément, les clauses réglementaires de la concession sont bien, dans la théorie de M. Duguit, des règles de droit. Toute violation des clauses réglementaires, *quelle qu'en soit la victime, concessionnaire ou usager*, donne ouverture à un recours pour excès de pouvoir.

La jurisprudence fournit de nombreux exemples de recours intentés *par des usagers* contre des actes de l'administration faits en violation des dispositions réglementaires de l'acte de concession. Citons les quatre arrêts les plus connus : l'arrêt Storch, C. d'Et. 3 février 1905, Revue du Droit public 1905.346. Note de M. Jèze; l'arrêt Syndicat du quartier de la Croix de Seguey-Tivoli, C. d'Et. 21 décembre 1906, S. 1907.3.33. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu. Note de M. Hauriou. Rev. du Droit publ. 1907.411. Note de M. Duguit; l'arrêt Poirier, C. d'Et. 15 novembre 1907, Rev. du Droit publ. 1909.48. Note de M. Jèze. Leb. 826. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Teissier; l'arrêt Marc, C. d'Et. 19 janvier 1912, Revue du Droit publ. 1912.43. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Helbronner. Note de M. Jèze.

Dans l'affaire Storch, le Conseil d'Etat a admis la recevabilité d'un recours formé par un commerçant et propriétaire riverain d'une voie publique parcourue par un tramway contre un arrêté préfectoral qui, au dire du requérant, avait violé une disposition relative à l'organisation du service figurant au cahier des charges de la compagnie concessionnaire. En l'espèce, il s'agissait d'un arrêté du préfet de la Seine autorisant la Compagnie des Tramways de l'Est Parisien à substituer provisoirement, pendant la durée de travaux souterrains, le système de traction par prise de courant aérienne (système du trolley), prohibé par le cahier des charges, au système à plots.

L'affaire du Syndicat de la Croix de Seguey-Tivoli présentait à juger les questions suivantes : Le réseau des tramways de

Bordeaux a été concédé par la ville à une société. En novembre 1903, la Compagnie modifia l'itinéraire que devaient suivre les voitures desservant certaines de ses lignes. A la suite de ce remaniement, les habitants du quartier de Tivoli se trouvèrent privés d'un service direct les reliant au centre de la ville. Ils virent là une violation par la Compagnie de son cahier des charges qui, suivant eux, imposait au concessionnaire l'exploitation d'un service direct entre leur quartier et le centre de Bordeaux. Ils se constituèrent en syndicat et demandèrent au préfet de la Gironde d'user des pouvoirs qu'il tenait des articles 21 et 39 de la loi du 11 juin 1880, pour obliger la Compagnie à reprendre l'ancien service. Le préfet refusa. Le Syndicat, dont le président était M. Duguît lui-même, déféra au Conseil d'Etat, pour excès de pouvoir, l'arrêté préfectoral, comme pris en violation d'une clause réglementaire du cahier des charges. Le Conseil d'Etat, s'il a rejeté le pourvoi au fond, l'a déclaré recevable.

L'arrêt Poirier reçoit le recours d'un officier d'administration contre une décision du Ministre de la Guerre relative au tarif réduit bénéficiant aux officiers sur les voies ferrées : le sieur Poirier soutenait que cette décision était contraire au cahier des charges des grandes compagnies de chemin de fer.

L'arrêt Marc reconnaît aux propriétaires parisiens le droit d'attaquer, par un recours pour excès de pouvoir, un arrêté du préfet de la Seine approuvant une délibération du Conseil municipal de Paris établissant à la charge des propriétaires d'immeubles abonnés au gaz une redevance pour la location et l'entretien des colonnes montantes : cet arrêté était argué d'illégalité parce que la délibération en question exigeait une approbation par décret en Conseil d'Etat.

Autant d'espèces dans lesquelles le recours pour excès de pouvoir eût été irrecevable avec la théorie de la concession contrat pur et simple : la violation d'un contrat ne permet pas

de fonder un recours pour excès de pouvoir; il faut ajouter : les requérants non parties à ce contrat n'auraient pu au surplus songer à critiquer l'attitude de l'administration devant le juge du contrat qu'en se prétendant bénéficiaires d'une stipulation pour autrui contenue à leur profit dans l'acte de concession. La théorie de M. Duguît explique sans difficultés les décisions ci-dessus rappelées.

Au dire de son auteur, la théorie de la convention-loi aurait un autre mérite considérable : celui de permettre à l'autorité concédante de modifier unilatéralement les clauses du cahier des charges organisant le service public.

L'administration a le devoir et « par conséquent le droit » d'adapter à chaque instant les services publics aux besoins nécessairement changeants auxquels ils satisfont. Ce devoir et ce droit de l'administration ne peuvent disparaître par le fait de la concession du service à un particulier qui le gère à ses lieu et place. Ils sont pourtant anéantis si la concession est uniquement un contrat. Les dispositions de l'acte de concession relatives au fonctionnement du service n'ont pas un caractère contractuel : l'administration peut remplir son devoir et user de son droit.

Le Conseil d'Etat a plusieurs fois jugé que l'autorité concédante pouvait modifier les dispositions établissant les règles de fonctionnement du service sans le consentement préalable du concessionnaire (6 décembre 1907, *Grandes Comp. de chemins de fer*, S. 1908.3.1. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Tardieu. Note de M. Hauriou; 4 février 1910, *Chemin de fer métropolitain de Paris*, Leb. 97; 14 décembre 1910, *Compagnie générale française des Tramways*, S. 1911.3.1. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Blum et note de M. Hauriou.)

La loi formelle peut, comme un règlement, modifier les con-

ditions de fonctionnement du service : le législateur l'a fait notamment en 1909 et 1911 par ses lois (21 juillet 1909-28 décembre 1911) sur les retraites des employés des grands réseaux ⁴².

Il y a naturellement peu de choses à dire sur le régime des clauses contractuelles dans la théorie de M. Duguit.

Elles n'ont d'effet qu'entre le concédant et le concessionnaire.

Seul le juge du contrat peut connaître des difficultés que peut soulever leur exécution. Il pourra arriver que l'administration porte atteinte à la situation subjective du concessionnaire par un acte de caractère objectif : le concessionnaire ne saurait, même dans ce cas, user du recours pour excès de pouvoir, l'acte critiqué ne violant pas, en l'espèce, le droit objectif, mais les droits subjectifs appartenant au concessionnaire.

Enfin, les clauses contractuelles sont intangibles.

La théorie de M. Duguit correspond de la façon la plus parfaite, dans ses effets logiques, aux exigences de la notion de concession, mode de gestion des services publics. Et nous avons vu, chemin faisant, que ses effets paraissent bien cadrer avec la jurisprudence contemporaine.

Pourtant, en soi, cette théorie, si claire, si précise, si ferme, n'est pas à l'abri de toute critique. Par ailleurs, nous serons contraints plus loin de constater, quand nous y regarderons de plus près, qu'il existe entre les effets de la théorie de M. Duguit et la jurisprudence des divergences profondes.

⁴² Transformations du Droit public, p. 144.

§ 3.

Critique de la théorie.

Sans rechercher si des conventions-lois peuvent trouver place dans notre Droit interne, et en supposant qu'elles le puissent, nous croyons : d'une part, que les clauses de l'acte de concession auxquelles M. Duguit attribue la nature de conventions-lois ne réunissent pas les caractères qui sont, suivant M. Duguit, ceux de cette catégorie d'actes juridiques; d'autre part, qu'en les qualifiant de conventions-lois, le doyen de Bordeaux n'explique pas une des principales conséquences qu'il en fait résulter : le droit pour l'administration de les modifier unilatéralement.

M. Duguit définit la convention-loi : un accord de volonté faisant naître non point une situation juridique subjective, mais une règle permanente, c'est-à-dire une situation juridique objective : elle est une union.

Les dispositions du cahier des charges de la concession qui organisent le service public créent sans aucun doute une règle permanente, une situation juridique objective. Mais peut-on dire qu'elles ne créent qu'une situation juridique objective? Il ne paraît pas possible de nier qu'elles donnent naissance en même temps à une situation juridique subjective, à des rapports de créancier et de débiteur entre le concédant et le concessionnaire. D'ailleurs, il semble difficile d'accepter l'affirmation qu'il y a une union des volontés du concédant et du concessionnaire : dire que les parties ne sont pas en antagonisme, n'est-ce pas contraire à la réalité des faits? Le but de l'autorité concédante est d'organiser dans les meilleures conditions possibles le service public; le but du concessionnaire n'est pas le même : il est

de retirer de l'exploitation le maximum de gains; pour l'entrepreneur, l'organisation du service n'est qu'un moyen pour réaliser des bénéfices. Il n'y a pas identité de but, les intérêts de l'administration et ceux de l'entrepreneur sont des intérêts opposés. — On pourrait en dire autant, du reste, de la convention collective de travail : quand patrons et ouvriers négocient la convention, ils sont comme le propriétaire en face du locataire, leurs intérêts s'affrontent : qu'il s'agisse du contrat de travail individuel ou de contrat collectif, l'opposition des intérêts est la même. — Il en est tout autrement dans le cas où deux ou plusieurs Etats édictent une véritable législation internationale, par exemple en constituant une Union postale : là, le but commun, les intérêts communs sautent aux yeux, et il est exact de parler de traités-lois et de les opposer aux traités-contrats par lesquels sont réglées des questions litigieuses.

M. Duguit croit trouver dans le fait que la partie du cahier des charges organisant le service public est une convention-loi, joint au droit qu'a l'administration d'adapter toujours le service aux variations des conditions économiques et sociales, la justification rationnelle du pouvoir reconnu à l'autorité concédante de modifier sans le consentement du concessionnaire le règlement du service inséré dans la convention. Plus exactement, M. Duguit croit, par sa théorie, tourner si l'on peut dire l'obstacle de l'intangibilité des situations contractuelles, auquel on se heurte si l'on considère l'acte de concession tout entier comme un contrat. N'est-ce pas une illusion?

La convention est un accord de volontés. Quel est le principe juridique qui permet que soient modifiées par la volonté d'un seul les dispositions d'un acte né d'un accord de volontés ⁴³?

⁴³ Voy. également une critique de la conception que se fait M. Duguit de la convention et du contrat, dans : Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, n^{os} 22 et 23.

SECTION IV

LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT.

De la théorie de M. Duguit, il faut retenir au moins deux choses. Dans l'acte de concession se trouvent réunies des clauses de natures différentes; la concession est un acte complexe, elle n'est pas un contrat pur et simple. Et si elle n'est pas un contrat pur et simple, c'est parce qu'elle est un acte organisant l'exploitation d'un service public et que le service public a un caractère légal et réglementaire; par suite, certaines dispositions de l'acte de concession, celles qui touchent à l'organisation et au fonctionnement du service, se ressentent du caractère légal et réglementaire du service, et c'est par là qu'elles se séparent des autres dispositions du cahier des charges.

Pour le Conseil d'Etat, l'acte de concession est dans toutes ses clauses un contrat. Mais il n'est pas un contrat pur et simple. Il est un contrat d'une nature tout à fait originale, dont l'originalité tient à l'originalité même du but auquel il répond ⁴⁴ : la gestion d'un service public par un particulier. Tout en conservant leur caractère contractuel, les dispositions qui touchent à l'organisation et au fonctionnement du service, c'est-à-dire, semble-t-il, — ici la jurisprudence et M. Duguit paraissent bien, et avec raison, se rencontrer, — celles dont on concevrait l'insertion dans le statut d'un service exploité en régie, ont un certain caractère légal et réglementaire ⁴⁵.

⁴⁴ Et non pas à ce qu'il est un contrat de l'administration.

⁴⁵ M. Joseph Barthélemy ne paraît pas admettre un critérium des clauses de caractère réglementaire aussi large que celui de M. Duguit et de la juris-

Elles ne perdent pas leur caractère contractuel, car, au moins entre le concédant et le concessionnaire, toutes les dispositions du marché créent des relations de créancier et de débiteur, une situation juridique subjective. Mais les dispositions organiques du service ont un certain caractère objectif : elles participent donc au régime juridique des actes-règles, des lois au sens matériel, dans une certaine mesure; mais elles ne participent à ce régime que dans une certaine mesure, alors que M. Duguit prétendait les y faire participer complètement.

De la sorte, les différences de régime qui séparent les clauses organiques du service des autres, sont beaucoup moins profondes dans la jurisprudence du Conseil d'Etat que dans les effets logiques de la théorie de M. Duguit.

prudence (clauses dont on concevrait l'insertion dans le statut d'un service en régie). Pour M. Joseph Barthélemy, tout ce qui, dans l'acte de concession, intéresse « l'organisation des *moyens internes* » employés par le concessionnaire pour faire fonctionner le service public, c'est-à-dire « tout ce qui touche les contrats que le concessionnaire lui-même est appelé à passer avec des tiers : agents ou fournisseurs » afin d'assurer le service, est matière *purement contractuelle* : par exemple, les dispositions insérées au contrat de concession dans l'intérêt du personnel de l'entreprise concédée n'ont rien de réglementaire : il ne s'agit pas là de « l'organisation d'un service public », il s'agit de son « exploitation commerciale ». (Voy. Sur l'interprétation des lois par le Parlement, Rev. du Droit pub., 1911, p. 146 et s.) Nous verrons plus loin la conséquence que M. Joseph Barthélemy en a tirée à propos de la loi de 1909 sur les retraites des cheminots : l'administration n'a pas le droit d'user de son pouvoir de réglementation des services publics concédés pour organiser ou modifier le statut du personnel de ces services. Cette conséquence ne fait-elle pas ressortir ce qu'il y a d'un peu dangereux dans la conception restrictive de M. Joseph Barthélemy ? N'est-il pas en effet difficile d'admettre que l'Etat se désintéresse du recrutement, de la discipline et de la rémunération des agents de l'entreprise, qui sont deux facteurs essentiels de la bonne marche de celle-ci ? Le Conseil d'Etat a déclaré recevable un recours pour excès de pouvoir intenté par un syndicat d'employés d'un service concédé contre une décision prise, prétendait-il, en violation d'un article du cahier des charges concernant la condition du personnel (C. d'Et. 22 juillet 1927, Syndicat des employés des secteurs électriques de la Seine) : les développements auxquels nous parviendrons bientôt nous montreront que c'est là une preuve du caractère réglementaire de la disposition.

§ 1.

*Le caractère contractuel de toutes les dispositions
du traité de concession.*

Et tout d'abord, le Conseil d'Etat reconnaît à toutes les dispositions du traité de concession un caractère contractuel.

Il attribue au juge du contrat *toutes les difficultés* qui s'élèvent *entre le concédant et le concessionnaire* sur leur exécution.

Avec la théorie de M. Duguit, le concessionnaire pouvait lo-
giquement user du recours pour excès de pouvoir pour faire
sanctionner les violations commises par l'administration aux
dispositions du cahier des charges *relatives à l'organisation du
service public*. Il ne le peut pas dans la jurisprudence du Con-
seil d'Etat, même si les mesures qui le lèsent lui sont imposées
par voie réglementaire : les relations contractuelles sont en
principe exclusives du recours pour excès de pouvoir ⁴⁶. Nous
avons ici la preuve certaine et directe de la conception que le
Conseil d'Etat se fait de la nature juridique de la concession.
Voir : C. d'Et. 22 décembre 1905, Tramways de Bordeaux, S.
1907.3.155; 9 février 1917, Compagnie Française des chemins de
fer à voie étroite, Leb. 145; 9 mars 1917, Compagnie des Tram-

⁴⁶ Les clauses organiques du service ne sont pas non plus, et pas plus que
dans la théorie ancienne de la concession contrat pur et simple, sanctionnées
par l'art. 471, § 15, du Code pénal, et toujours pour la même raison, elles sont
des clauses d'un contrat : voyez Cass. crim. 31 mai 1924, Luciani, S. 1924.1.
240 : « ... Luciani était poursuivi, par application de l'article 471, §§ 3 et 15,
C. pénal, pour avoir, contrairement aux stipulations du contrat le liant avec
la commune, négligé à diverses reprises d'éclairer une partie des rues et places
de la ville; ... il a été relaxé par le motif qu'il n'existe aucun arrêté municipal
réglementant l'éclairage des rues et places de Corte; ... le cahier des charges
ne soumet l'entrepreneur de cet éclairage qu'à des réparations civiles au cas
d'inexécution des conditions de la concession, et... les prescriptions qui y sont
contenues ne peuvent constituer un règlement de police. »

ways de Paris et de la Seine, Leb. 233; 21 novembre 1919, Compagnie des Tramways de l'Est Parisien, Leb. 849 ⁴⁷. Rappelons les circonstances de cette dernière affaire : le préfet de la Seine enjoint à la Compagnie des Tramways de l'Est Parisien de rétablir sur certaines lignes de son réseau des services conformes à un horaire arrêté antérieurement par le préfet de police; la décision du préfet s'appuyait sur une disposition du cahier des charges. Recours pour excès de pouvoir. Il est irrecevable, dit le Conseil d'Etat : « Si la Compagnie se croit fondée à soutenir que le préfet lui a... imposé des obligations ne résultant pas pour elle du traité de concession, sa prétention soulève un débat sur le sens et la portée du contrat et... par suite c'est au Conseil de Préfecture qu'il appartient... d'en connaître. »

Il faut toutefois bien s'entendre. Le recours pour excès de pouvoir du concessionnaire est irrecevable lorsque celui-ci allègue contre l'acte administratif la violation de son contrat. Il arrive que le concessionnaire puisse arguer que l'acte est contraire à la loi ou méconnaît des règlements généraux; en d'autres termes, que la mesure prise par l'administration est la mise en œuvre illégale du pouvoir réglementaire et du pouvoir de police. Il s'agit alors non plus de la violation du contrat, mais bien de celle de la légalité. Le recours est recevable. Ainsi s'explique l'arrêt, dit des Grandes Compagnies de chemins de fer, du 6 décembre 1907, S. 1908.3.1, conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Tardieu, note de M. Hauriou, Revue du Droit public 1908, p. 38 et 58, note de M. Jèze (et l'arrêt du même jour, Compagnie du Nord, Leb. 922). Le Conseil d'Etat n'a pas refusé de recevoir le pourvoi formé par les Grandes Compagnies contre le décret du 1^{er} mars 1901 qui modifiait l'ordonnance du 15 novembre 1846 sur l'exploitation des réseaux et

⁴⁷ Rapp. C. d'Etat 17 décembre 1920, Ramaroni, Leb. 1079.

aggravait les charges des concessionnaires. L'arrêt, d'ailleurs, a précisé : « Si les compagnies requérantes se croient fondées à soutenir que les mesures prescrites par le décret attaqué introduisent dans les charges de l'exploitation des éléments qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties contractantes et qu'il est *porté atteinte aux conventions intervenues entre les parties*, il leur appartient de porter telles réclamations que de droit devant le Conseil de Préfecture... » On trouve la même distinction entre violation de la légalité susceptible de motiver un recours pour excès de pouvoir et violation du contrat dont ne peut connaître que le juge du contrat dans d'autres décisions. (Voyez par exemple : 4 février 1910, Compagnie du Chemin de fer métropolitain de Paris, 2^e espèce, Leb. 99, qui renferme un considérant identique à celui de l'arrêt des Grandes Compagnies qui vient d'être cité) ⁴⁸.

⁴⁸ Voyez également Alibert, Le contrôle juridictionnel de l'administration. — Comp. conclusions de M. le commissaire du Gouvernement Pichat dans l'affaire Lafage (C. d'Etat 8 mars 1912, S. 1913.3.1, note de M. Hauriou) :

« Le recours pour excès de pouvoir ne peut être fondé que sur la *violation des règles de droit* auxquelles les lois et règlements soumettent le fonctionnement des services publics. Il n'est pas recevable, si le moyen invoqué est la violation d'un droit contractuel, quasi-contractuel ou quasi-délictuel...

« Il suffira, à ce sujet, de citer les arrêts nombreux rendus sur les recours formés par des compagnies de chemin de fer ou de tramway contre les décisions ministérielles ou préfectorales relatives à la police, à la sécurité et à l'exploitation des voies ferrées ; ces décisions ne peuvent être l'objet de recours pour excès de pouvoir que lorsque leur *légalité* est contestée ; elles doivent être déferées au Conseil de préfecture lorsque les compagnies se plaignent d'une atteinte portée aux *droits qu'elles tiennent de leur contrat de concession*. — Voy. C. d'Etat 4 août 1905, chemin de fer de Bône-Guelma ; 6 décembre 1907, Grandes compagnies... Ces arrêts sont particulièrement intéressants en ce qu'ils montrent que la même décision administrative est ou non susceptible de recours pour excès de pouvoir suivant la nature du moyen invoqué. »

§ 2.

Le caractère légal et réglementaire des dispositions organiques du service.

Dans quelles hypothèses la jurisprudence du Conseil d'Etat reconnaît-elle aux dispositions organiques du service un caractère légal et réglementaire?

Voyons dans quels cas elle leur confère le caractère de *généralité* de la loi et sa *sanction juridictionnelle*. — Dans ces cas, elle « assimile, comme l'écrit M. Alibert, le *contrat* à une *règle de droit* et la violation de ce contrat à celle de la *légalité* ⁴⁹ », et alors disparaît l'opposition entre la violation de la légalité et la violation du contrat qui a été relevée plus haut comme fondamentale dans les rapports du concédant et du concessionnaire.

C'est en vertu du caractère légal et réglementaire des clauses organiques du service que les usagers du service et les agents du concessionnaire sont soumis auxdites clauses : nous avons signalé, à l'occasion des conséquences logiques de la théorie de M. Duguit, la jurisprudence relative à l'application des modifications des tarifs des entreprises concédées. Inutile d'y revenir.

C'est grâce à la même nature légale et réglementaire des clauses organiques du service qu'usagers et agents peuvent se prévaloir de ces dispositions, et notamment pour former un recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs faits en violation de leurs prescriptions, nonobstant le principe que

⁴⁹ Alibert, *op. cit.*, p. 315.

la méconnaissance d'un contrat ne peut jamais constituer un excès de pouvoir.

Encore, à propos de ce droit des usagers et des agents de se servir de la voie du recours pour excès de pouvoir, est-il nécessaire de préciser.

Le recours pour excès de pouvoir est recevable, sans le moindre doute, de la part des usagers et des agents, lorsqu'il tend à faire tomber un acte de portée générale et impersonnelle, ou plutôt, ce qui revient en fait au même, lorsqu'il tend à obtenir une annulation qui profitera à tous les usagers ou agents ou à toute une catégorie d'entre eux, et non point seulement à une personne déterminée. C'est à cette hypothèse, de beaucoup la plus intéressante, que correspondent les arrêts célèbres : Storch, Syndicat de la Croix de Seguey-Tivoli, Poirier et Marc (recours intentés par des usagers) et un arrêt du 22 juillet 1927, Syndicat des employés des secteurs électriques de la Seine, D. 1928.3.41, 1^{re} espèce, note de M. Waline (recours intenté par des agents). — Il importe de relever qu'ici même, et à tort, croyons-nous, le Conseil d'Etat fait intervenir l'idée que toutes les clauses du cahier des charges ont un caractère contractuel : le Conseil d'Etat s'arrête en chemin dans la reconnaissance d'un caractère réglementaire à la clause organique du service : s'il allait jusqu'au bout, il ne craindrait pas, étant saisi d'un recours pour excès de pouvoir, d'interpréter la clause, vraie loi du service public, comme tout juge a le droit d'interpréter toute loi. Or, il se refuse à le faire et il distingue : « a) Si le contrat est clair et si les droits de l'usager sont évidents, le juge de l'excès de pouvoir peut reconnaître ces derniers droits sans se faire juge du contrat. Il tient pour constante la règle de droit qui découle du contrat et sanctionne sa violation au détriment de l'usager. Ceci n'est que l'application de l'acte clair ou de la théorie de l'excès de pouvoir flagrant; — b) Si, au contraire, le contrat est obscur, le recours pour excès de pouvoir formé par l'usager

institue un véritable litige sur la portée du contrat. Le juge de l'excès de pouvoir doit alors : ou bien rejeter le pourvoi comme impliquant un débat sur le fond, — débat réservé au juge du contrat, — [c'est le cas des arrêts Syndicat de la Croix de Se-guey et Syndicat des employés des secteurs électriques de la Seine], ou bien surseoir à statuer et renvoyer au juge du contrat la question préjudicielle d'interprétation des clauses obscures »⁵⁰. Néanmoins, le principe que les usagers peuvent faire tomber par un recours pour excès de pouvoir les actes de portée générale de l'administration demeure entier.

S'il s'agit, au contraire, non plus d'une action dirigée contre un acte de portée générale, mais d'une action intentée par un usager ou un agent déterminé qui veut seulement obtenir l'annulation d'un acte qui lui a fait personnellement grief, autrement dit s'il s'agit d'un recours dont les conclusions ont un caractère purement individuel, le Conseil d'Etat refuse de le recevoir. Il considère que l'usager ou l'agent exerce en l'espèce un véritable droit subjectif issu d'une stipulation pour autrui qui résulte à son profit du contrat de concession. Le juge du contrat est seul compétent.

C'est du moins ainsi que nous parvenons à expliquer un arrêt du Conseil d'Etat du 29 octobre 1926, Gay, D. 1928.3.4, S. 1928.3.38, rendu dans les circonstances suivantes : le cahier des charges d'une concession communale de distribution d'électricité prévoit que les habitants de la commune pourront, sous certaines conditions, obtenir l'installation gratuite de l'éclairage

⁵⁰ Alibert, *op. cit.*, p. 316. — Il faut rapprocher de cette résistance du juge de l'excès de pouvoir à interpréter les clauses organiques du service, le fait qu'on conserve l'idée suivant laquelle les taxes perçues par le concessionnaire sont assimilables aux contributions indirectes, pour expliquer le droit des tribunaux judiciaires d'interpréter les tarifs.

électrique dans leurs habitations. Le sieur Gay demande à la commune de le faire bénéficier de cette clause du contrat de concession. Le Conseil municipal refuse. Le sieur Gay demande au Conseil de Préfecture l'annulation de la délibération. L'affaire vient, par la suite, en appel devant le Conseil d'Etat : « Considérant, dit la haute juridiction, que le droit invoqué étant fondé sur une *stipulation au profit du public* que la ville et son concessionnaire avaient, en traitant, édicté d'un commun accord dans le contrat de concession en faveur de ceux qui pourraient dans la suite être appelés à bénéficier de la distribution, il appartenait au *Conseil de Préfecture, juge dudit contrat*, de statuer sur toutes les difficultés pouvant résulter du refus opposé par la commune à la demande du sieur Gay. »

On rapprochera de cette décision les termes très intéressants de l'arrêt du 22 juillet 1927, Syndicat des employés des secteurs électriques de la Seine : « Considérant que les conventions conclues en 1907 entre la Ville de Paris, d'une part, — la Société du Gaz et la Compagnie Parisienne de distribution d'électricité, d'autre part, contiennent un certain nombre de stipulations en faveur du personnel de ces sociétés; que des difficultés s'étant élevées au sujet du sens et de la portée de ces clauses, *le différend ne pouvait être porté devant le juge du contrat que par ceux qui, étant parties à ce contrat, étaient en mesure d'exciper d'une méconnaissance de leurs droits contractuels*, c'est-à-dire soit par le concédant, soit par le concessionnaire, soit enfin *par les usagers et les agents au profit desquels* les clauses litigieuses ont été insérées dans les conventions... » ⁵¹.

Cette jurisprudence, qui continue à utiliser l'idée de stipulation pour autrui, est, comme le refus du juge de l'excès de pou-

⁵¹ Rappr. les conditions dans lesquelles est intervenu l'arrêt du même jour, Société du Gaz de Paris, D. 1928.3.41, 2^e espèce, note de M. Waline.

voir d'interpréter les clauses organiques, un résidu de la théorie du contrat pur et simple dont il faut souhaiter la disparition.

Si, entre concédant et concessionnaire, le caractère légal et réglementaire des clauses organiques du service ne conduit pas à la possibilité d'user du recours pour excès de pouvoir pour sanctionner leur violation par le concédant, il a néanmoins un rôle considérable : il écarte toute objection tirée de la nature contractuelle de la concession contre le droit reconnu à l'administration de modifier unilatéralement ces clauses organiques du service, c'est-à-dire les conditions de fonctionnement du service public.

CHAPITRE II

Le droit de l'administration de modifier unilatéralement les conditions de fonctionnement du service.

SECTION PREMIÈRE

OBSERVATIONS INTRODUCTIVES.

L'administration a le droit d'apporter, sans le consentement du concessionnaire, des modifications aux dispositions du contrat de concession qui organisent le fonctionnement du service public.

§ 1.

Les atteintes portées par l'administration à la condition de ses cocontractants.

Nous touchons, avec la question qui fait l'objet de ce chapitre, au grand problème des atteintes portées par l'administration à la condition des individus liés à elle par des contrats. Il ne nous paraît pas inutile de nous arrêter un instant sur ce sujet d'ordre général, devrions-nous même perdre de vue quelque temps celui qui nous intéresse immédiatement.

L'administration ne jouit d'aucune prérogative qui lui permette de modifier par sa seule volonté les contrats qu'elle a passés.

A. — Si, usant des pouvoirs qui lui appartiennent comme détentrice de l'autorité publique, elle modifie un de ses contrats d'une façon *directe*, par un acte *spécial à ce contrat*, par un acte *individuel*, elle commet un fait contraire au droit. (Voyez en faveur de l'intangibilité des contrats de l'administration: C. d'Et. 8 août 1896, Evêque de Saint-Jean-de-Maurienne et Fabrique de l'Eglise cathédrale de Saint-Jean-de-Maurienne, deux arrêts, Leb. 663; 12 décembre 1902, Dame Orcibal et sieur Leclère, S. 1909.3.93.)

C'est pourquoi il ne saurait jamais être question de reconnaître à l'administration le pouvoir d'introduire une modification quelconque aux clauses purement contractuelles de l'acte de concession, celles qui organisent uniquement les rapports du concédant et du concessionnaire, rapports d'ordre financier généralement. L'autorité concédante n'a pas le droit, par exemple, d'amender les conditions de rachat d'une concession ou de se dérober aux obligations de garantie d'intérêts qu'elle a contractées.

Elle ne peut pas le faire, même par une loi formelle. Les 3 et 10 décembre 1909, à l'occasion de la discussion de la convention de rachat du chemin de fer de l'Ouest, M. Millerand, alors Ministre des Travaux publics, a nettement affirmé devant la Chambre, à la suite d'une idée émise par Jaurès, l'impossibilité pour l'Etat de se soustraire, même par une loi formelle, aux obligations issues pour lui des conventions de 1883 intervenues entre le Gouvernement et les Grandes Compagnies de chemins de fer, entre autres la Compagnie de l'Ouest. Jaurès avait déclaré que si, dans les négociations pour la fixation du prix de rachat, des difficultés naissaient entre l'Etat et la Compagnie du silence ou de l'obscurité des conventions, le Parlement n'avait qu'à voter une loi qui interpréterait et compléterait celles-ci (première séance du 3 décembre 1909, *J. O.*, Déb. parl., p. 3143). C'eût été modifier unilatéralement un contrat et per-

mettre peut-être à l'Etat de se délier de ses engagements. M. Millerand s'y opposa (même séance, p. 3145). (Rappr. la discussion de la première et de la deuxième séance de la Chambre du 10 décembre 1909.) La Chambre refusa de suivre Jaurès, approuvant ainsi implicitement l'attitude de M. Millerand¹.

Ce que l'autorité concédante ne peut pas faire par une loi formelle, elle ne peut pas le faire à fortiori par un acte autre qu'une loi. (En ce sens : C. d'El. 14 janvier 1895, 2 arrêts, Comp. d'Orléans et du Midi, Leb. 31. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Jagerschmidt.)

B. — Il est cependant des cas où l'on peut dire que l'administration ne viole pas le droit lorsqu'elle modifie la situation d'un de ses cocontractants. Ce sont ceux où elle ne porte atteinte à la situation de son cocontractant que d'une façon *indirecte*, par l'effet de *l'accomplissement normal* de son activité, par l'effet de l'exercice normal de sa fonction législative, réglementaire ou administrative au sens étroit.

L'auteur d'une thèse récente, M. Vegleri², répartit ces cas de modifications légitimes — et il nous semble que sa classification mérite d'être approuvée — en deux catégories : 1° les cas où la situation du cocontractant est atteinte par un acte général et impersonnel, une loi au sens matériel; ce sont les cas qu'on désigne parfois sous le nom de cas de « faits du prince »; 2° les cas d'exercice par l'administration de son pouvoir de réglementation des services publics concédés.

Un acte général et impersonnel, c'est-à-dire un acte qui ne

¹ Sur cette question soulevée par Jaurès, voy. : Louis Rolland, Du droit du législateur de compléter ou d'interpréter les dispositions d'un acte de concession de travaux publics, Rev. du Droit pub., p. 116 et s.

² Vegleri, Des modifications apportées par l'Administration à ses contrats, thèse, Paris, 1927.

crée ni ne modifie que des situations générales et objectives, qui est pris sans considération de personnes, dont l'application s'étend sur tous les individus qui se trouvent ou pourront se trouver dans telle situation générale, peut modifier légitimement la situation d'un cocontractant de l'administration : ainsi, un changement dans la législation³, une mesure administrative de caractère général⁴, une mesure fiscale nouvelle⁵.

L'acte dont le cocontractant de l'administration est victime dans ces hypothèses ne pèse pas que sur lui : il atteint indifféremment tout un ensemble d'individus. Le phénomène de la répercussion des actes généraux de l'administration sur les contrats qu'elle a conclus n'est qu'un aspect de l'influence sur tous les contrats, ceux de l'administration comme ceux des particuliers, d'un changement apporté à l'ordre juridique. En principe, aucune responsabilité ne devrait en découler à la charge de l'administration. Reconnaître un droit à indemnité au profit du cocontractant de l'administration lésé équivaldrait à faire jouir d'un traitement de faveur ceux qui se trouvent en rapports contractuels avec l'administration, à les soustraire aux effets souvent voulus de l'émission d'une règle nouvelle. Toutefois, cette irresponsabilité, fondée sur une présomption théorique, celle de la généralité et de l'égalité des conséquences onéreuses d'un acte général sur les situations contractuelles, cesse lorsque

³ Exemple dans : C. d'Et. 10 janvier 1908, Noiré et Beyssac, Leb. 20. Conclusions de M. le commissaire du gouvernement Tardieu, Rev. du Droit pub., 1908.58. Note de M. Jèze.

⁴ Par exemple la taxation des prix d'une denrée ou d'une matière première essentielle à l'industrie du cocontractant (C. d'Et. 8 mars 1901, Soc. Prévét, Leb. 277. Conclusions de M. le commissaire du gouvernement Saint-Paul, S. 1902.3.73. Note de M. Hauriou ; 26 novembre 1924, Tanti, Rev. du Droit pub., 1925.76. Conclusions de M. le commissaire du gouvernement Mazerat. Note de M. Jèze).

⁵ Exemple dans : C. d'Et. 27 décembre 1895, Silvestre et Rossazza, Leb. 878.

la charge nouvelle apparaît peser d'une façon particulièrement lourde sur un cocontractant de l'administration, l'équilibre du contrat présentant une sensibilité particulière en raison des conditions dans lesquelles il a été conclu : ainsi, lorsque le cocontractant a fixé ses exigences d'après l'état de choses juridique, économique ou fiscal du moment et qu'il comptait sur le maintien de cet état de choses.

Si nous insistons un peu sur cette première catégorie de modifications légitimes, c'est que la jurisprudence des concessions en offre des exemples bien connus.

En matière d'établissement par une municipalité de droits d'octroi sur la matière première nécessaire à l'industrie d'un de ses concessionnaires, le Conseil d'Etat a dans maintes circonstances accordé à celui-ci une indemnité. (C. d'Et. 9 avril 1897, Gaz de Montluçon, Leb. 305. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Arrivière; 29 décembre 1905, Bardy c. Ville de Bergerac, Leb. 1015. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu) ⁶.

Dans le domaine des concessions, nous trouvons également des exemples de demandes d'indemnités admises ou rejetées pour abrogation ou défaut d'application d'un acte réglementaire par l'autorité concédante : C. d'Et. 14 mars 1924, Messageries fluviales de la Cochinchine, Leb. 297 (abrogation d'un décret); C. d'Et. 12 décembre 1924, Ville de Dieppe, Revue du Droit public 1925.62. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Rivet (non-application par l'administration d'un règlement de police).

⁶ Rapprocher C. d'Et. 20 mai 1904, Comp. Marseillaise de Navigation, Leb. 425, conclusions de M. le commissaire du gouvernement Teissier — il s'agissait d'un concessionnaire de services maritimes postaux et d'une taxe de péage instituée par une Chambre de commerce (et autorisée par décret) sur les navires entrant dans un port ou en sortant.

Mais ces modifications par acte général et impersonnel imposées par l'administration à la condition du concessionnaire étant communes à tous les contrats de l'administration, il n'y a pas lieu de s'y appesantir. Ayant eu l'occasion de les signaler, nous l'avons fait. Il serait sans intérêt — et d'ailleurs il ne convient pas à cette place — d'accorder à cette question de plus amples développements.

C'est au contraire une particularité du régime juridique de la concession que le droit pour l'administration de modifier la condition de son cocontractant par l'exercice de son pouvoir de réglementation des services publics concédés. Nous devons consacrer une étude complète à ces autres hypothèses de modifications licites.

§ 2.

Fondement du droit de l'administration de modifier unilatéralement les conditions de fonctionnement du service concédé.

La concession est un mode de gestion des services publics; elle est aussi un contrat de longue durée.

Les clauses du cahier des charges qui constituent le statut du service public peuvent-elles rester figées pendant tout le temps de la concession? Evidemment non. Le statut d'un service public ne peut être fixé d'une manière immuable pendant ce nombre d'années considérable. Et cela pour deux raisons : d'abord, parce que le service public a pour objet la satisfaction de besoins essentiels; en second lieu, parce que ces besoins essentiels, comme toutes choses humaines, changent avec le temps.

Besoins essentiels : dès lors, le service public devra viser d'une façon constante à ce qu'ils soient satisfaits de la façon la plus parfaite possible.

La bonne administration exige que dès qu'une amélioration

apparaît nécessaire et possible dans le fonctionnement du service, elle soit réalisée; elle exige notamment que les administrés profitent des progrès survenus dans le domaine de la technique.

Besoins changeants : le service public devra s'adapter à ces variations ⁷.

Sans doute, l'intérêt du concessionnaire et celui des usagers se rencontrent assez souvent. Le concessionnaire a, dans certaines occasions, avantage à apporter au service les améliorations désirées par le public : une compagnie de tramways peut trouver profit à multiplier le nombre des convois pour attirer les voyageurs; l'adoption d'un procédé plus perfectionné a quelquefois pour l'entrepreneur le mérite de diminuer les frais d'exploitation. Mais un désaccord reste possible entre l'intérêt de l'entrepreneur et celui du public.

Celui-ci souhaite-t-il des trains supplémentaires à certaines heures? L'intérêt immédiat du concessionnaire est généralement de raréfier les voyages, afin que chaque convoi transporte toujours son effectif complet et même un surnombre de voyageurs. Les usagers réclament-ils plus de confort dans les voitures? Le concessionnaire pourra avoir de bonnes raisons financières d'utiliser le vieux matériel jusqu'à épuisement.

Or l'administration est préposée à la gestion des services publics : elle ne peut jamais perdre son pouvoir de les régler.

⁷ Voy. une application du principe que le service public peut être modifié à tout instant dans : C. d'Et. 22 mai 1903, 1^{re} espèce, Caisse des écoles, Leb. 400, conclusions de M. le commissaire du gouvernement Romieu, p. 395. A propos de ce principe, M. Jèze écrit : « C'est une idée qui se justifie rationnellement. Chaque génération a le droit de mettre les services publics en harmonie avec ses besoins et avec ses idéals. Une autorité publique quelconque ne peut pas imposer pour un temps donné, long ou court, un certain fonctionnement d'un certain service public ou une certaine organisation d'un service public. Ce serait un abus de pouvoir; il serait juridiquement et politiquement sans valeur. »

Comme l'a dit M. le Commissaire du Gouvernement Blum dans ses conclusions sur l'affaire Compagnie Générale Française des Tramways, C. d'Et. 11 mars 1910 : « L'Etat ne peut pas se désintéresser du service public... une fois concédé. Il est concédé, sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public. La concession représente une délégation, c'est-à-dire qu'elle constitue un mode de gestion indirecte, elle n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement. L'Etat reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens... L'Etat interviendra nécessairement pour imposer, le cas échéant, au concessionnaire une prestation supérieure à celle qui était prévue strictement... en usant du pouvoir qui lui appartient en tant que puissance publique. »

On pourrait voir là simplement un cas où l'administration modifie la condition de son cocontractant par l'exercice parfaitement licite de son pouvoir d'émettre des règles de droit générales et impersonnelles : c'est bien, en effet, faire cela que de réglementer un service public.

Seulement, ce qui sépare notre hypothèse de celle des modifications par acte général et impersonnel, c'est que statut du service public et rapports financiers entre concédant et concessionnaire ont fait l'objet du même accord de volontés. Qu'en résulte-t-il ?

Certainement pas l'impossibilité pour l'administration de réglementer le service, ce pouvoir de réglementation est inaliénable. Nous connaissons, d'autre part, les doctrines présentes sur la nature juridique de la concession.

Mais il existe une solidarité étroite entre le statut du service et les clauses financières du marché : le premier est la condition des secondes. L'administration engagera dans tous les cas sa responsabilité quand la modification par elle apportée au statut du service infligera au concessionnaire des charges nouvelles.

SECTION II

L'ANCIENNE DISTINCTION DE LA POLICE DE L'ORDRE PUBLIC ET DE LA POLICE DE LA GESTION.

Si justifiée qu'elle soit, la reconnaissance à l'administration du pouvoir de modifier unilatéralement les dispositions du contrat de concession organiques du service est récente.

Sans remonter jusqu'aux premières années du XIX^e siècle⁸, on peut lire dans la première édition de Christophle (n^o 711) : « Le contrat de concession est la loi de l'administration comme celle du concessionnaire : il n'y peut être porté atteinte sans le consentement réciproque des parties qui y ont figuré. Les arrêtés des préfets, les décisions du Ministre, qui ont pour objet soit d'imposer au concessionnaire l'exécution d'un travail qui n'était pas prévu, soit d'interpréter dans un sens restrictif le tarif annexé à l'ordonnance de concession, laissent intacts les droits qui en résultent et n'ont pas le pouvoir de créer des charges nouvelles ou de modifier les conditions imposées. L'interprétation du contrat appartient aux juridictions administratives ou civiles dans des sphères distinctes que nous aurons à déterminer et en dehors desquelles il n'y a point de place pour les injonctions de l'administration active »⁹.

⁸ Bonnin, Principes, t. II, p. 26, écrit, à propos de l'exploitation de ce qu'il appelle « établissements publics » par des entrepreneurs privés :

« Le capitaliste qui se présente dans une opération publique a son intérêt « en vue privativement à tout autre. Son intérêt propre est la seule considération qui le détermine. Si son intérêt devait être subordonné à l'intérêt public, ou même balancé par cet intérêt, il ne se présenterait pas ou se « récrierait : est-il accepté ? L'opération devient sa chose... »

⁹ Comparer également : la 2^e édit. (n^o 494) et la 11^e édit (p. 798) du Précis de M. Hauriou. Voy. Dalloz, Rép. de Législ., v^o concession administrative, n^o 108; v^o voirie par chemin de fer, n^{os} 85 et 114; conclusions Gomel sous C. d'Et. 11 janvier 1884.

Une révision du contrat se révèle-t-elle donc indispensable? Pour briser la résistance injustifiée du concessionnaire, l'administration n'a qu'une arme, celle du rachat, dont la possibilité a toujours été prévue et dont le régime a toujours été fixé dans les concessions postérieures à 1835 : on se rappelle que c'est à partir de cette époque qu'on a cessé de donner des concessions perpétuelles. Si l'administration ne fait pas usage de son droit de rachat, le cahier des charges lui lie les mains.

Cette doctrine a été celle de tout le siècle dernier, on se l'explique sans peine.

Elle était d'abord la conséquence logique de la conception du contrat de concession rigide, et de celle de la concession contrat pur et simple.

Par ailleurs, si la règle qui est étudiée dans ce chapitre est issue de l'application à la concession, mode de gestion des services publics, de ce principe du Droit administratif contemporain que l'administration ne peut pas perdre son pouvoir de réglementer les services publics, ou, si l'on veut, que le pouvoir de réglementation des services publics qui appartient à l'administration est inaliénable, on saisit mieux encore pourquoi notre règle est nécessairement une nouveauté.

La doctrine et la jurisprudence du xix^e siècle établissaient en effet une distinction dans les pouvoirs de police de l'administration. Elles divisaient les pouvoirs de police en : police de l'ordre public et police de la gestion ou de l'exécution des services publics, et elles estimaient que l'administration peut aliéner ses pouvoirs de police de la gestion¹⁰.

La police de l'ordre public, disait-on, comprend : les « droits

¹⁰ Sur cette distinction, voy. : Ripert, Les rapports des pouvoirs de police et des pouvoirs de gestion, *Rev. du Droit pub.*, 1911.619; Teissier, concl. affaire Chemins de fer Economiques du Nord, C. d'Et. 13 janvier 1903, S. 1904. 3.19; Hauriou, note sous même affaire, *ibid.*

de police, impartis à l'Etat par la nature des choses, impératifs, inaliénables »¹¹; elle dérive pour l'Etat « de ses pouvoirs essentiels, de ses pouvoirs de souveraineté »¹²; elle a pour but le maintien de l'ordre public et de la sécurité générale. Ce sont de purs pouvoirs d'autorité : ils constituent une parcelle de la souveraineté publique; ils sont donc monopolisés par l'Etat qui ne souffre point à côté de la sienne de polices particulières. Ils ne peuvent être limités que par le seul législateur, ils ne peuvent en aucun cas être aliénés, donc limités par un contrat. Les dispositions du cahier des charges d'une concession ne sauraient en restreindre l'exercice. Aussi la doctrine et la jurisprudence ont-elles de tout temps reconnu au concédant le droit d'imposer à son concessionnaire des obligations ayant pour but d'assurer la sécurité du public¹³; de même, elles ont admis, par exemple, que les clauses de la concession d'un pont à péage n'empêchent pas l'Etat d'établir, comme il l'entend, les voies d'accès à cet ouvrage¹⁴. Il s'agit là, disait-on, de « faits du prince ».

A cette police de l'ordre public s'oppose, dans la doctrine tra-

¹¹ Teissier, concl. aff. Chemins de fer Economiques du Nord.

¹² *Id.*, *ibid.*

¹³ C. d'Et. 27 mars 1861, Pont du Colombier, Leb. 251; 28 mars 1858, Escarraguel, Leb. 604; 26 janvier 1900 (deux arrêts), Chemins de fer Economiques du Nord, S. 1902.3.40; 27 décembre 1901, Chemins de fer Economiques du Nord, Leb. 947; 27 janvier 1899, Chemins de fer sur routes d'Algérie, S. 1899.3.89. Dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 juin 1878, Compagnie du Nord, Leb. 624, on trouve le considérant suivant : « ... Si les concessionnaires sont tenus, pendant toute la durée de la concession, de se conformer à toutes les mesures que l'Administration supérieure juge convenable de leur prescrire dans l'intérêt du bon entretien du chemin de fer et de la sûreté de la circulation sur la voie ferrée... » — Voyez aussi Christophle et Auger, 2^e édit., n° 1623.

¹⁴ C. d'Et. 27 avril 1850, Pont de Dormans, Leb. 407. — On a invoqué aussi l'idée de police de l'ordre public pour justifier le droit de l'administration de modifier unilatéralement, dans certains cas, les tarifs. — Voy. Dufour, t. III, n° 216 (p. 193 et s.). Comp. : C. d'Et. 16 juin 1853, Comp. des Quatre Canaux, Leb. 613.

ditionnelle, la police de la gestion des services publics. Elle comprend tous les droits qui ne découlent pas pour l'Etat de ses pouvoirs essentiels, de ses pouvoirs de souveraineté, « mais de sa qualité de mandataire ou plutôt de *negotiorum gestor* des intérêts du public » ¹⁵. « Elle s'exerce par des règlements dont les prescriptions s'imposent aux fonctionnaires pour l'exécution des services en régie, et aux concessionnaires pour l'exécution des services concédés; elle a pour objet le bon fonctionnement, l'exécution normale et régulière des services » ¹⁶. Ce sont des lois ou des règlements spéciaux qui accordent à l'administration ces pouvoirs de police. Les actes qu'accomplit l'administration, quand elle exerce ces droits de police des services publics, ne diffèrent guère de ceux que font journellement les concessionnaires eux-mêmes pour améliorer leur exploitation et l'adapter aux besoins des usagers. Ces pouvoirs sont donc moins considérés comme des pouvoirs d'autorité que comme de véritables pouvoirs de gestion. Rien n'empêche de les aliéner, de les limiter par contrat.

« L'administration, dit M. Picard (Traité des chemins de fer, t. III, p. 361), peut, dans les contrats de concessions, renoncer à une partie de ses pouvoirs, stipuler des restrictions et des conditions pour l'exercice de ses droits » ¹⁷.

On trouve encore une illustration remarquable de cette ancienne doctrine dans un arrêt du Conseil d'Etat du 23 janvier 1903, Chemins de fer économiques du Nord, Leb. 62. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Teissier, S.

¹⁵ Teissier, *loc. cit.*

¹⁶ Hauriou, note au S. 1904.3.19.

¹⁷ C. d'Et. 17 juillet 1896, Comp. des tramways, Leb. 579; 14 mars 1902, Fichet, Leb. 189. Rapp. : 28 juin 1878, Chemins de fer du Nord, Leb. 624, S. 1880.2.92, conclusions de M. le commissaire du gouvernement David; 24 novembre 1882, Chemins de fer P.-L.-M., S. 1884.3.60, conclusions de M. le commissaire du gouvernement Gomel.

1904.3.49, note de M. Hauriou, Rev. des conces. 1903.67, conclusions: Un préfet prend un arrêté pour imposer à un concessionnaire de tramway l'obligation de mettre en service tous les jours un train de plus qu'il n'était prévu au cahier des charges; il prétend puiser ce pouvoir dans l'art. 33 du règlement du 6 août 1881, rendu pour l'exécution de l'article 38 de la loi du 11 juin 1880 et ainsi conçu : « Le préfet détermine, sur la proposition du concessionnaire,... le tableau du service des trains. » La compagnie concessionnaire invoque l'art. 14 de son contrat qui détermine le nombre des voyages qui devront être faits chaque jour et, dit-elle, par cette disposition le pouvoir réglementaire du préfet se trouve lié. C'est, en effet, ce que décide le Conseil d'Etat : « Si l'art. 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 confère au préfet le droit de déterminer... le tableau du service des trains, cette disposition *doit être conciliée avec l'art. 14 du cahier des charges* de la compagnie requérante, qui porte que le nombre minimum de voyages qui devront être faits tous les jours dans chaque sens est fixé à deux en hiver et quatre en été; que le nombre des voyages fixé par cet art. 14 constitue donc un minimum contractuel, *qui ne peut être modifié que par l'accord réciproque des parties.* » M. Teissier avait conclu en ce sens, s'appuyant sur la distinction de la police de l'ordre public et de la police de la gestion.

SECTION III

LA DOCTRINE CONTEMPORAINE.

Le pouvoir aujourd'hui reconnu sans conteste¹⁸ à l'autorité administrative d'adresser au concessionnaire, dans l'intérêt du

¹⁸ Les auteurs se prononcent unanimement en sa faveur : voy. Duguit, Traité de Droit constitutionnel, 2^e édit., t. III, p. 415 et s.; Hauriou, Précis,

service public, des injonctions en contradiction avec les stipulations du cahier des charges, a été affirmé par des arrêts de principe du Conseil d'Etat, et le législateur l'a utilisé dans des circonstances qui ont provoqué des débats assez passionnés. Il comporte quelques limites et un correctif qu'il nous faudra examiner.

§ 1.

*L'affaire des Grandes Compagnies de Chemins de fer
et l'affaire des Tramways de Marseille.*

Le Conseil d'Etat a fait application de la règle qui nous occupe dans son arrêt célèbre du 6 décembre 1907, Compagnies du Nord, d'Orléans, du Midi, de l'Est et de l'Ouest, dont il a été déjà parlé en une autre occasion, et dans son arrêt bien connu du 11 mars 1910, Ministre des Travaux publics contre Compagnie Générale Française des Tramways (concessionnaire des tramways de Marseille), D. 1912.3.49, S. 1911.3.1. Note de M. Hauriou, Rev. du Droit public 1910.274. Note de M. Jèze. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Blum.

Nous revenons, en les précisant, sur les circonstances dans lesquelles a été rendu l'arrêt dit des Grandes Compagnies.

Par un règlement d'administration publique en date du 1^{er} mars 1901, le Gouvernement avait modifié et complété l'ordonnance du 15 novembre 1846 relative à la police des chemins de fer.

11^e édit., p. 798; Berthélemy, Traité, 11^e édit., p. 712; Joseph Barthélemy, Sur l'interprétation des lois par le Parlement, Rev. du Droit pub., 1911, p. 146 et s.

Le décret de 1901 ne contenait pas seulement des prescriptions destinées à assurer la sécurité de l'exploitation, il ne portait pas seulement sur des matières dont on eût dit, quelques années avant encore, qu'elles ressortissaient à la police de l'ordre public, il imposait aussi aux compagnies des charges nouvelles qui intéressaient la gestion commerciale du service.

Ainsi, l'article 7 conférait au Ministre des Travaux publics le pouvoir de déterminer les conditions auxquelles le matériel étranger à la compagnie exploitante pourrait être admis à circuler sur le réseau de cette dernière. L'article 12 autorisait le Ministre à fixer les dimensions minima des places dans les voitures. L'article 24, dans son paragr. 2, prescrivait le chauffage des voitures pendant la saison froide, et dans son paragr. 63, leur éclairage intérieur. D'après l'article 43 de l'ordonnance du 15 novembre 1846, les compagnies avaient l'obligation de communiquer les horaires au Ministre, quinze jours avant leur mise à exécution, et si le Ministre pouvait y apporter des changements, il ne le pouvait que pendant cette période. Le nouvel article 43 donnait au Ministre le droit de fixer lui-même le délai dans lequel la communication des horaires devrait être faite; bien plus, il lui serait désormais loisible d'imposer, à n'importe quelle époque, aux compagnies, un horaire nouveau ou un accroissement du nombre des trains si la sûreté de l'exploitation ou les besoins du public l'exigeaient. L'article 65 permettait à l'administration de mettre les compagnies en demeure de prendre telle ou telle mesure, afin de remédier à une insuffisance de personnel, de matériel, ou à une défectuosité d'installation des gares, de nature à compromettre la bonne marche du service; le Ministre recevait même le droit de statuer directement si la compagnie ne lui présentait pas, dans le délai fixé par la mise en demeure, des propositions ou des projets suffisants.

Les grandes compagnies de chemins de fer attaquèrent devant le Conseil d'Etat, comme entaché d'excès de pouvoir, le

décret du 1^{er} mars 1901. Elles invoquèrent contre lui deux arguments. Nous ne signalerons le premier que pour mémoire, il n'a pas d'intérêt pour nous ici : la délégation donnée au chef de l'Etat par la loi du 11 juin 1842 (art. 9) et la loi du 15 juillet 1845 (art. 21), en vue de déterminer les mesures et dispositions nécessaires pour garantir la police, la sûreté et l'usage des chemins de fer, a été épuisée par l'ordonnance du 15 novembre 1846 qui constitue le règlement prévu par ces deux lois; par suite, le décret du 1^{er} mars 1901 ne pouvait, en l'absence d'une délégation nouvelle du législateur, amender les dispositions de ladite ordonnance. Deuxième grief, celui qui doit nous retenir : les contrats de concessions ont été conclus sous l'empire des lois de 1842 et de 1845 et de l'ordonnance de 1846; celles-ci ont formé la base des engagements souscrits par les compagnies, il ne peut dépendre de l'Etat, sous prétexte de réglementation nouvelle, de changer à son gré les bases essentielles des conventions passées avec le concessionnaire; l'Etat ne peut assujettir les compagnies à de nouvelles charges qu'après entente avec elles et suivant des conditions arrêtées d'un commun accord.

Le recours des compagnies fut rejeté au fond, conformément aux conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Tardieu. Par là, le Conseil d'Etat reconnaissait la légalité de l'intervention de l'administration pour prescrire, à tout moment, les mesures indispensables au bon fonctionnement d'un service concédé. Dans l'espèce du 6 décembre 1907, les dispositions réglementaires modifiées par l'administration étaient incorporées en quelque sorte au contrat de concession, c'est possible : ce fait ne pouvait faire échec au droit de l'administration :

« Sur le moyen tiré, dit l'arrêt, de ce que les dispositions de l'ordonnance du 15 novembre 1846 ayant servi de base au contrat intervenu entre l'Etat et les compagnies ne pouvaient pas être modifiées par l'Etat sans entente préalable avec ces der-

nières : Considérant que les pouvoirs de réglementation exercés par l'Etat en matière de chemins de fer, bien que rappelés expressément par l'article 33 du cahier des charges, dérivent, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, des lois des 11 juin 1842 et 15 juillet 1845, et non pas du contrat de concession, lequel ne saurait faire obstacle à leur exercice; qu'ainsi, en édictant le décret du 1^{er} mars 1901, le Gouvernement a usé d'un droit qui lui appartenait. »

Et à propos de l'article 43 du décret : « Considérant que les pouvoirs conférés au Gouvernement par les lois du 11 juin 1842 et du 15 juillet 1845 visent, tout à la fois, comme il a été dit ci-dessus, la sécurité et l'exploitation; qu'ils impliquent en conséquence, pour l'administration, le droit non seulement d'approuver les horaires de trains au point de vue de la sécurité de la circulation, mais encore de prescrire à toute époque les modifications et additions nécessaires pour assurer dans l'intérêt du public la marche normale du service... »



L'arrêt du 11 mars 1910 a tranché un litige en tous points semblable à celui qui avait donné lieu à l'arrêt qui a été commenté dans la section II de ce chapitre, l'arrêt du 23 janvier 1903, Chemins de fer Economiques du Nord; et il l'a résolu dans un sens exactement contraire à celui de cette décision. Ainsi ressort clairement l'opinion nouvelle de la jurisprudence.

Un décret du 26 janvier 1901 a concédé à la Compagnie Générale Française de Tramways l'exploitation d'un service public de tramways à Marseille. En ce qui concerne le nombre des trains qui doivent circuler sur les lignes, le marché prévoit un chiffre de douze millions de kilomètres-voitures. Le 23 juin 1903, le Préfet des Bouches-du-Rhône règle, par arrêté, le ser-

vice des trains du 1^{er} mai au 2 novembre 1903. Avec l'horaire imposé, le chiffre de kilomètres-voitures fixé au cahier des charges se trouve dépassé. La Compagnie estime que l'arrêté préfectoral viole son contrat et le défère au Conseil de Préfecture. Cette juridiction ayant donné gain de cause à la Compagnie, le Ministre des Travaux publics porte l'affaire devant le Conseil d'Etat. A la thèse de la Compagnie, suivant laquelle le fonctionnement du service est réglé, pour tout le temps de la concession, par le contrat, qui ne peut être modifié qu'à la suite d'un accord de volontés des parties, le Ministre oppose la doctrine nouvelle : « Les transports en commun constituent incontestablement un service public. Il appartient à la puissance publique d'exercer son contrôle sur le service public des transports en commun et de prescrire les mesures nécessaires pour assurer la satisfaction des besoins et des intérêts du public, quelles que soient les stipulations du contrat. Il lui appartient de fixer le nombre des trains selon les besoins du public dont l'intérêt l'emporte sur toute autre considération. » Dans le même sens se prononce M. Blum, dans ses conclusions. Et c'est également la solution que consacre le Conseil d'Etat lui-même :

« L'arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône a été pris dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881, pris en exécution des lois du 11 juin 1880 (art. 38) et du 15 juillet 1845 (art. 21), lesquels impliquent pour l'administration le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service... Ainsi, la circonstance que le préfet aurait, comme le soutient la Compagnie, imposé à cette dernière un service différent de celui qui avait été prévu par les parties contractantes, ne serait pas de nature à entraîner à elle seule, dans l'espèce, l'annula-

tion de l'arrêté préfectoral du 23 juin 1903... C'est par suite à tort que le Conseil de Préfecture a prononcé cette annulation. »

§ 2.

*De quelques applications faites par le législateur
de la doctrine contemporaine.*

La loi du 3 décembre 1908 sur le raccordement des voies de fer avec les voies d'eau. — Depuis longtemps, on reprochait aux compagnies de chemin de fer de traiter la navigation intérieure non pas comme un autre organe du système national des transports avec qui il faut collaborer, mais comme un simple concurrent qu'il faut écraser à tout prix. En particulier, on faisait grief aux grands réseaux de s'opposer systématiquement à la création de « ports de raccordement », quais fluviaux reliés au chemin de fer, et de « gares d'eau », ports fluviaux établis dans l'enceinte du chemin de fer.

Sans doute l'administration pouvait toujours créer elle-même des ports fluviaux, ou les concéder, y établir des voies et les raccorder aux lignes des compagnies de chemin de fer. Mais encore celles-ci pouvaient-elles refuser d'y envoyer leur matériel roulant.

Le législateur s'est tout d'abord occupé des concessions à venir. L'art. 87 de la loi de finances du 13 avril 1898 a disposé que les concessions futures de chemin de fer d'intérêt général et de tramways à marchandises comporteraient, au profit des propriétaires ou concessionnaires de magasins généraux et des concessionnaires de l'outillage public des ports maritimes ou fluviaux, le droit d'embranchement que l'art. 62 du cahier des charges des compagnies de chemin de fer d'intérêt général, annexé à la loi du 4 décembre 1875, accordait aux propriétaires de mines et d'usines.

L'autorité concédante tenait de son droit de réglementer le service concédé le droit d'intervenir de la même façon pour les concessions existantes. Par la loi du 3 décembre 1908, a été étendue aux concessions existantes la disposition de la loi de finances de 1898. Le droit d'embranchement reconnu aux propriétaires de mines et d'usines est étendu aux propriétaires ou concessionnaires de magasins généraux, aux concessionnaires d'un outillage public, aux propriétaires d'un outillage privé dûment autorisé sur les ports maritimes ou de navigation intérieure. D'autre part, l'Etat peut imposer aux compagnies de chemin de fer l'établissement, à ses frais, de gares d'eau ¹⁹.

Le projet (qui a été voté sans discussion) avait été présenté par M. Barthou, alors Ministre des Travaux publics; il était précédé d'un exposé des motifs (*J. O.*, Doc. parl. 1908, annexe n° 1496, p. 122, S. Lois ann. 1908.830) qui résumait d'une manière saisissante la conception contemporaine de la concession de service public, notamment en ce qui touche au droit permanent de réglementation qui appartient à l'autorité concédante.



En 1909, en 1911 et en 1925, le Parlement a légiféré dans la matière du *statut du personnel des entreprises concédées*.

La loi du 21 juillet 1909 a obligé les compagnies de chemin de fer à attribuer à tous leurs agents, attachés d'une manière stable et permanente à leur exploitation, des retraites dont elle a fixé les conditions générales et les taux minima. La loi du 28 décembre 1911 a donné une sorte d'effet rétroactif à la loi du 21 juillet 1909 en décidant que toutes les pensions liquidées

¹⁹ Voy. sur cette question : Marlio, Le raccordement des voies ferrées et navigables, *Rev. politique et parlementaire*, 1909, t. LXI, p. 439.

après sa promulgation ne devaient pas être inférieures à des taux déterminés.

En 1924, la Chambre des Députés avait inscrit dans le projet de loi sur l'amnistie un texte ainsi conçu : « Amnistie pleine et entière est accordée à tous les faits ayant donné lieu ou pouvant donner lieu contre les fonctionnaires, employés ou ouvriers des services publics ou *concedés*, à des *peines disciplinaires*. Sont exceptés les faits ayant donné lieu ou pouvant donner lieu à des sanctions disciplinaires pour manquement à la probité, etc... *L'amnistie entraînera la réintégration*. Les fonctionnaires, agents et ouvriers réintégrés de l'Etat et des services *concedés*... seront replacés, tant en ce qui concerne l'avancement que les droits à la retraite, dans la situation où ils se trouveraient s'ils étaient restés en activité. » C'est ce texte qui est devenu le paragr. 13 de l'art. 1^{er} de la loi du 3 janvier 1925, sauf une importante atténuation imposée par le Sénat et à laquelle la Chambre a fini par se rallier : le Sénat a substitué la réintégration facultative à la réintégration obligatoire, de sorte que le troisième alinéa du texte de loi comporte la rédaction suivante : « *La réintégration, si elle se produit*, n'aura lieu toutefois qu'après que les victimes de la guerre ayant droit aux emplois réservés en vertu de la loi du 20 janvier 1923 auront exercé, etc... » Malgré cette atténuation, la disposition constitue bien encore une intervention certaine de l'Etat dans le statut du personnel des services *concedés*.

Les lois de 1909 et de 1911, le texte de la Chambre de 1924 sur l'amnistie et la réintégration, ont soulevé des controverses extrêmement vives tant au point de vue de leur opportunité que de leur correction juridique. Il faut noter que les lois de 1909 et de 1911 infligeaient aux compagnies de chemins de fer, par voie d'autorité, des charges très lourdes, sans prévoir au profit des compagnies la moindre indemnité.

Nous n'insistons pas sur les critiques formulées au Sénat

contre le projet qui est devenu la loi de 1909, par M. Poincaré, soit dans l'avis qu'il a présenté au nom de la Commission des Finances, soit surtout dans son discours du 18 juin 1909 (*J. O., Débats parl., Sénat*, 1909, séance du 18 juin 1909, p. 472). M. Poincaré paraît considérer la concession comme un contrat pur et simple ²⁰.

Dans la doctrine, M. Joseph Barthélemy, partant d'une conception assez restrictive du domaine dans lequel peut intervenir en matière de concession le pouvoir de réglementation de l'administration ²¹, a soutenu en 1911 ²² que les clauses de l'acte de concession qui régissent les rapports du concessionnaire avec ses préposés (taux de la rémunération, régime des retraites, etc.) ne sont pas de celles qui puissent être modifiées au cours de la concession par voie d'autorité : elles sont strictement contractuelles; le législateur ne pouvait, sans violer le contrat, y toucher.

En 1924, les compagnies de chemin de fer ont produit contre le texte de la loi d'amnistie voté par la Chambre une consultation de MM. les doyens Berthélemy et Lyon-Caen, de MM. Jean Labbé, Mornard, Aubert, Fourcade, Rousset, Chenu, Salle, Menneson. Cette consultation se fondait pour affirmer l'illégitimité de la mesure adoptée par la Chambre sur la nature juridique de l'amnistie, ainsi que sur la nature des rapports existant entre les concessionnaires de services publics et leurs agents, entre les concessionnaires et l'administration.

En particulier, en ce qui concernait la réintégration des che-

²⁰ Dans le même sens, voy. les discours de MM. Denoix, Mir et Milliard (*J. O., Débats parl., Sénat*, 1909, séances des 18 et 22 juin et du 6 juillet 1909, p. 477, 495 et 614).

²¹ Voy. plus haut, p. 160 et n. 45.

²² *Rev. du Droit pub.*, 1911, p. 146-163. Dans le même sens : Couzinet, *Resp. des groupements administratifs*, thèse Toulouse, 1911, p. 70.

minots révoqués, les auteurs de la consultation exposaient les idées suivantes : Les relations qui naissent entre les ouvriers ou employés d'un service concédé et la société concessionnaire, société commerciale, sont *exclusivement contractuelles*. Les dispositions du statut du personnel *font partie du contrat de travail* qui lie le concessionnaire et son préposé. Si, par application de ce statut, une révocation est prononcée, notamment pour fait de grève, c'est *la convention* qui est exécutée : le contrat de travail est rompu dans les conditions prévues par les parties. Les compagnies concessionnaires n'ont pas « un caractère exceptionnel qui les soumettrait à un régime particulier... Elles sont des sociétés commerciales soumises au Code de Commerce et à toutes les dispositions qui s'y rattachent... Elles doivent, en cas d'amnistie, être traitées comme le serait toute autre société commerciale, et les situations juridiques nées, en ce qui les concerne, du fait amnistié ne sauraient être modifiées » ; autrement dit, le législateur ne peut pas modifier la situation juridique individuelle, issue de la rupture du contrat, en remettant les contractants dans l'état où ils se trouvaient avant la rupture ²³.

Si, au contraire, comme nous le croyons et comme paraît l'admettre la jurisprudence du Conseil d'Etat, les dispositions de caractère réglementaire du contrat de concession sont celles qui pourraient trouver place dans le statut d'un service public fonctionnant en régie, il n'est pas douteux pour nous, contrairement aux opinions qui viennent d'être exposées, que tout ce qui touche, dans le contrat de concession, au statut du personnel de l'entreprise est de nature réglementaire et soumis au pouvoir de réglementation de l'administration, peut donc être modifié unilatéralement par elle.

²³ Voyez cette consultation dans : Jèze, Principes généraux, 3^e édit., t. I, p. 415 et s.

C'est en partant de cette considération que MM. Duguît²⁴, Jèze²⁵ et Rolland²⁶ se sont prononcés en faveur de la correction juridique des lois sur les retraites des cheminots. M. Jèze²⁷ a de même critiqué la consultation fournie par les compagnies de chemin de fer contre le projet de loi d'amnistie de 1924 : il est inexact, écrit-il, que tout soit conventionnel dans les rapports du concessionnaire et de ses employés et ouvriers ; le statut du personnel fait en effet partie des règles de fonctionnement du service public : il a donc un caractère réglementaire ; par suite, le Parlement, pouvant très légitimement modifier les situations légales, avait le droit de prescrire une mesure comme la réintégration²⁸.

§ 3.

Conditions dans lesquelles l'administration peut modifier le statut du service concédé.

Le droit de l'administration est limité par son but ; il peut l'être par une loi ou un règlement ; si son exercice impose au concessionnaire des charges qu'il n'avait pas prévues, l'administration lui doit une indemnité.

I

L'administration ne peut modifier unilatéralement le règlement du service concédé que dans l'intérêt de ce service, puis-

²⁴ Traité de Droit constitutionnel, 2^e édit., t. III, p. 416. — D'ailleurs, pour M. Duguît, les agents normaux et permanents des chemins de fer, même concédés, sont des fonctionnaires (voy. t. III, p. 19 ; t. V, p. 226).

²⁵ Principes généraux, 2^e édit. (1914), p. 125-126.

²⁶ Les retraites des cheminots ; Rev. du Droit pub., 1909, p. 520 et s.

²⁷ Principes généraux, 3^e édit., t. I, p. 415 et s.

²⁸ Rappr. le discours de M. Léon Blum à la Chambre des députés du 15 décembre 1924 (J. O., Chambre, Débats parl., p. 4498 et 4499).

que, seul, le souci de sauvegarder cet intérêt légitime l'intervention de l'administration.

Seulement, il suffit que l'administration ait pour but la satisfaction de l'intérêt du service pour que son acte soit licite : peu importe que la mesure soit ou non justifiée par les circonstances : le concessionnaire ne saurait jamais être admis à discuter son opportunité.

Le but du pouvoir de réglementation n'est pas simplement d'assurer la sauvegarde de l'intérêt du service, il est de l'assurer, — c'est trop évident, — *grâce* à une *réglementation* meilleure du service. L'administration ne pourrait pas user de son pouvoir de réglementation pour, en fait, acculer le concessionnaire à la déchéance en lui infligeant des charges auxquelles il ne pourrait faire face et le frustrer de sa concession sans passer par la procédure du rachat; — la disparition du concessionnaire serait-elle même désirable dans l'intérêt du service, l'administration ne pourrait pas employer ce procédé. C'est ce qu'a noté très justement M. Blum, dans ses conclusions sur l'affaire Compagnie Générale Française des Tramways : le juge du contrat, a dit le Commissaire du Gouvernement, pourrait, dans ce cas, annuler les actes de réglementation.

Le prétexte de la réglementation du service ne peut pas permettre non plus à l'administration, — serait-ce encore dans l'intérêt du service, — de changer l'objet de la concession ou d'étendre celle-ci au delà de son objet.

En dehors de ce qui fait l'objet de son contrat, le concessionnaire n'a, en effet, aucune obligation d'aucune sorte.

Ce sera une question de fait et quelquefois délicate à trancher que de savoir si une prestation déterminée rentre ou non dans le cadre de la concession : « S'il était possible, écrit M. Bernier²⁹, d'établir à priori un critérium d'ordre général, nous se-

²⁹ Des pouvoirs de l'Administration sur les concessions de travaux publics, Rev. du Droit public, 1927, p. 474 et s.

rions disposé à le trouver dans la réponse à la question suivante : « Doit-on ou ne doit-on pas concevoir *normalement* l'exécution de la mesure litigieuse par un concessionnaire différent de celui à qui elle a été imposée? » Au cas de l'affirmative, on ne saurait l'imposer à ce dernier. »

Par exemple, l'autorité concédante exige d'un concessionnaire de chemin de fer un vrai prolongement des voies hors des limites de la concession : le concessionnaire ne peut être contraint à l'effectuer. Au contraire, il ne pourrait jamais se refuser à un simple raccordement de sa concession avec le même prolongement fait par l'Etat ou un autre concessionnaire.

II

Il est des cas où, *par des dispositions légales ou par des règlements d'administration publique* intervenus sur l'invitation expresse du législateur, l'exercice des pouvoirs de l'administration (il s'agit ici alors de l'administration proprement dite, par opposition au législateur et au Gouvernement) a été restreint à l'avance.

Il en est ainsi en matière de concession de chemins de fer. La restriction des pouvoirs de l'administration résulte de l'article 27 de la loi du 15 juillet 1840, reproduit par l'article 9 de la loi du 11 juin 1842 et ainsi conçu : « Des règlements d'administration publique détermineront les mesures et les dispositions nécessaires pour garantir la police, la sûreté, l'usage et la conservation des chemins de fer et de leurs dépendances. »

C'est en vertu de ce texte exprès de loi, simplement rappelé par les cahiers des charges et non pas en vertu de ces contrats eux-mêmes, que l'administration proprement dite ne peut plus se mouvoir, en matière de concession de chemins de fer, que dans les limites des règlements d'administration publique et pour les détails d'application de ces règlements.

III

La rémunération du concessionnaire consiste dans la perception de taxes sur les usagers du service public. Le taux des tarifs est arrêté par l'acte de concession. Le concessionnaire, à la différence des commerçants ordinaires, n'est pas libre de fixer à sa guise le prix des services qu'il rend. De nouvelles obligations viennent-elles à lui être imposées par l'administration, il ne peut, astreint à la fixité des tarifs, en rejeter la charge sur ses clients, en l'espèce sur les usagers du service, en élevant ses prix de vente. Il va mettre en jeu la responsabilité pécuniaire de l'administration, il va obtenir d'elle une indemnité.

Il ne s'agit point ici, évidemment, d'une responsabilité pour faute contractuelle, pour violation du contrat : ce qu'il y a de véritablement contractuel dans l'acte de concession, nous le savons, n'est point violé.

Mais, en usant d'une façon parfaitement légitime de ses droits, l'administration a rompu un certain équilibre qu'elle doit rétablir.

L'ensemble qui est formé dans la concession par les dispositions de caractère réglementaire primitives et par les stipulations organisant les rapports financiers du concédant et du concessionnaire, constitue un certain équilibre : les avantages pécuniaires que le marché accorde au concessionnaire ont été calculés sur la base de dispositions de caractère réglementaire déterminées³⁰. Si celles-ci sont remaniées par l'administration

³⁰ Voy. les conclusions de M. Blum dans l'affaire Compagnie Générale Française des Tramways : « Les avantages consentis au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est ainsi impliqué comme un calcul d'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui. Et ce calcul d'équivalence est essentiel au contrat... »

d'une façon qui aggrave la situation pécuniaire de l'entrepreneur, l'équilibre disparaît. L'obligation de l'administration d'indemniser le concessionnaire n'a d'autre but que d'adapter la condition financière du concessionnaire à la nouvelle loi du service.

Tout amendement au règlement du service n'entraîne pas, d'ailleurs, la responsabilité de l'autorité concédante. Dans l'exploitation d'un service public, il y a nécessairement une part d'aléa, un élément d'incertitude quant aux perfectionnements ou à l'extension dont l'expérience pourra éventuellement faire apparaître la nécessité pour l'entreprise. Parmi les éléments qu'il a fait entrer en ligne de compte au moment où le statut financier de l'entreprise a été débattu entre l'administration et lui, le concessionnaire peut avoir pris en considération les besoins futurs du service, certains du moins qui sont facilement prévisibles. La rémunération du concessionnaire peut donc avoir été fixée non seulement eu égard aux charges actuelles, mais aussi, dans quelque mesure, en considération de certaines charges à venir. En présence d'une demande d'indemnité fondée sur une modification au statut du service, le juge recherchera par conséquent si l'acte de réglementation constitue bien un aléa imprévu : il scrutera pour cela l'intention des parties, dans un examen serré du contrat.

Le principe est donc que toute prestation nouvelle imprévue emporte une indemnité au profit du concessionnaire.

Ainsi se trouvent conciliés parfaitement les intérêts opposés de l'administration et de l'entrepreneur : l'administration n'avait d'autre objectif que la satisfaction de l'intérêt public, il est satisfait ; le concessionnaire n'envisageait que son intérêt pécuniaire, pour lui, l'opération de concession est une entreprise destinée à lui procurer des bénéfices : par l'indemnité qu'il reçoit, il obtient ce qu'il recherchait dans l'affaire : un résultat pécuniaire.

Le droit à indemnité a été consacré par la jurisprudence dans le cas de modification par un règlement. (Voy. par ex. : C. d'Et. 11 mars 1910, Compagnie Générale Française des Tramways.)

Il est également incontestable dans le cas de modification par une loi formelle. La loi du 5 décembre 1908 sur le raccordement des voies de fer avec les voies d'eau, dans son article 3, a prévu une indemnité au profit des compagnies de chemins de fer quand celles-ci subiraient un préjudice du fait de sa mise en œuvre³¹. Nous avons dit que la loi de 1909 sur les retraites des cheminots n'accordait aucune indemnité aux compagnies, bien qu'elle aggravât dans une mesure considérable les obligations que celles-ci avaient assumées primitivement vis-à-vis de leur personnel. Les compagnies avaient intenté contre l'Etat une action en dommages-intérêts devant le Conseil de Préfecture de la Seine. Le litige était encore pendant lorsque la convention du 21 juin 1921 a amené l'abandon réciproque de tous les procès en cours entre l'Etat et les Compagnies. Mais le bien-fondé de la prétention de celles-ci était certain.

La demande d'indemnité ou plus exactement d'allocation d'une rémunération supplémentaire devant le juge du contrat est la voie de droit normale dont le concessionnaire lésé dispose. Ce n'est pas la seule. Si les mesures modificatives étaient tellement graves qu'aucune indemnité ne serait capable de rendre au contrat son équilibre, le concessionnaire aurait droit à la résiliation du marché ainsi qu'à tous dommages-intérêts destinés à le dédommager de la perte de sa concession. (Voy. les conclusions de M. Blum dans l'affaire Comp. Gén. Française des Tramways.) Mais c'est là une hypothèse exceptionnelle.

³¹ Sur l'application de cette disposition, voy. C. d'Et. 11 juillet 1919, Chemin de fer du Midi, S. 1921.3.1, note de M. Hauriou.

CHAPITRE III

La théorie de l'imprévision.

La théorie de l'imprévision est une théorie administrative de la force majeure. Elle n'est pas, à proprement parler, née au cours de la dernière guerre, mais c'est à cette époque qu'elle a fait son entrée sensationnelle dans le monde avec une affaire retentissante, intéressant une concession de service public: l'affaire du Gaz de Bordeaux, qui a donné lieu au grand arrêt du 30 mars 1916, D. 1916.3.25, S. 1916.3.17. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Chardenet. Note de M. Hauriou. Rev. du Droit pub. 1916.206 et s., 388 et s. Conclusions. Note de M. Jèze. Jusqu'alors appliquée à des espèces assez modestes, la théorie de l'imprévision a pris avec cet arrêt une remarquable ampleur; depuis, c'est également dans la matière des concessions de services publics qu'elle s'est, sans contredit, le plus développée — et très harmonieusement. Toutefois, elle a fait l'objet de travaux trop nombreux et trop soignés pour que nous songions à donner d'elle autre chose qu'un rapide aperçu (1).

¹ Nous citerons parmi les principaux travaux sur la théorie de l'imprévision : Berthélemy, Communes et Gaziers, Rev. pol. et parl., 1917, t. III, p. 23 et s.; Jèze, La guerre et les concessionnaires de services publics, Rev. du Droit pub., 1916, p. 206 et s., 388 et s.; les nombreuses notes de M. Hauriou, notamment : S. 1916.3.17, S. 1920.3.25, S. 1923.3.83; De la Taste, La crise du gaz devant les Conseils de préfecture, Rev. des Concessions, t. XIV-XV, 1915-1916, p. 209 et s.; La crise économique et les services publics concédés, Rev. des Concessions, t. XIX, 1920; Alibert, L'imprévision dans les concessions de services publics, 1924; Magnan de Bornier, Essai sur la théorie de l'imprévi-

§ 1.

La conception civiliste de la force majeure et les précédents à l'arrêt du Gaz de Bordeaux.

L'obligation pour le débiteur d'exécuter sa prestation disparaît dans le cas de force majeure. Ce principe, qui ressort de l'article 1148 du Code Civil, est vrai en Droit administratif comme en Droit civil. (C. d'Et. 29 janvier 1909, Compagnie des Messageries Maritimes, D. 1910.3.89; 5 mars 1909, Département de la Seine, Leb. 246; 19 février 1926, Société anonyme du Gaz de la Ciotat, Rev. des Conces. 1926.28.)

Mais le juge administratif donne-t-il de la force majeure la même définition et fait-il produire à la force majeure telle qu'il l'envisage les mêmes effets que les tribunaux de l'ordre judiciaire?

I

Les auteurs du Droit civil et la Cour de Cassation considèrent que seul constitue un cas de force majeure : 1° un fait indépendant de la volonté du débiteur; 2° un fait qu'il n'a pu ni prévenir ni empêcher; 3° un fait qui le met dans *l'impossibilité absolue* de remplir ses obligations (Cass. 22 avril 1909, Clogne, S. 1909.1.368)²; à l'impossibilité matérielle d'exécuter ne peut être assimilée *l'exécution seulement plus onéreuse*.

Conséquence inéluctable du fait qu'il n'y a pas force majeure

sion, thèse Montpellier, 1924; Closset, notes D. 1925.3.17; D. 1927.3.17; Bosc, La théorie de l'imprévision en matière de concessions de services publics, Rev. du Droit pub., 1926, p. 411 et s.

² Voy. dans le même sens : Colin et Capitant, Cours élémentaire de Droit civil français, 3^e édit., t. II, 1921, p. 11 et s.

sans impossibilité absolue d'exécuter, lorsque le cas de force majeure est établi, le tribunal saisi prononce *la résolution du contrat* : il déclare que le débiteur n'est plus tenu de remplir son obligation et qu'il n'est pas passible de dommages-intérêts.

Il résulte aussi de l'idée que les théoriciens et les praticiens du Droit civil se font de la force majeure, que des faits comme la grève, comme la guerre, ne sauraient être regardés comme constituant *ipso facto* des cas de force majeure. On trouve peut-être des décisions qui l'ont admis. (Nancy 10 juillet 1909, Caisse syndicale des Forges de France, D. 1911.2.61) ³. Mais l'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence ne fait aucun doute : la guerre, de même d'ailleurs que la grève, n'est un cas de force majeure que si les conséquences qu'elle a entraînées ont rendu l'exécution de l'obligation absolument impossible. On a vu cette opinion se manifester après la guerre de 1870. (Lyon 4 juillet 1872, Lenoir, D. 1872.2.226; Civ. 19 novembre 1873, Barrotte c. Renant, D. 1874.1.200.) La Cour de Cassation est demeurée fidèle à ces principes pendant et après la dernière guerre. (Civ. 4 août 1915, Maison Agnès, D. 1916.1.22; Caen 15 novembre 1916, Vienne c. Bru, D. 1918.2.4; Paris 21 décembre 1916, Morel frères, D. 1917.2.33. Note de M. Henri Capitant; Civ. 26 décembre 1923, Préfet de l'Oise c. Marquis de Noailles, S. 1924.1.151) ⁴.

C'est devant ce refus de la jurisprudence civile de rien innover en l'absence de texte que le législateur a cru devoir inter-

³ Cet arrêt considérerait même la guerre comme un cas typique de force majeure; on y lit (il s'agissait d'une affaire où se posait la question de savoir si la grève est un cas de force majeure) : « Les effets de la grève ont été analogues à ceux de l'état de guerre;... elle est donc, dans toute la force du terme, un cas de force majeure... » On rencontre une affirmation du même genre dans le grand Répertoire Dalloz, v° force majeure, n° 4.

⁴ Voy. Magnan de Bornier, Essai sur l'imprévision. — Rappr. les nombreux arrêts rendus en matière de baux à cheptel (Cass. 6 juin 1921, D. 1921.1.73, etc...).

venir en certaines matières particulières : la loi Failliot du 24 janvier 1918, légèrement modifiée par la loi du 9 mai 1920, fait de la guerre un cas de force majeure, en déclarant résiliés à la date du 31 juillet 1920 les marchés à livrer, conclus avant le 1^{er} août 1914.

II

Bien des années avant la dernière guerre, on trouve déjà dans la jurisprudence du Conseil d'Etat des signes certains d'une conception beaucoup plus large de la force majeure.

Certes, le Conseil d'Etat reconnaissait que, pour qu'il y eût événement de force majeure, on devait se trouver en présence de faits ayant apporté un obstacle insurmontable à l'exécution du marché, et, sur ce point, il était d'accord avec la Cour de Cassation. (Voy. C. d'Et. 27 janvier 1909, Compagnie des Messageries Maritimes.) Mais la haute juridiction administrative avait admis qu'il y avait obstacle insurmontable lorsque l'événement qui s'était produit avait troublé *très gravement* l'économie du contrat. Elle avait jugé qu'en cas de *difficultés exceptionnelles qu'aucune des parties contractantes n'avait pu prévoir*, le contrat ne pouvait plus être exécuté dans les conditions où il avait été passé : des décisions avaient été rendues en ce sens en matière de travaux publics, dans des hypothèses où des entrepreneurs avaient rencontré des terrains d'une nature tout à fait imprévue et que des sondages pratiqués avec soin avant l'adjudication n'avaient pas révélés⁵. Dans un arrêt du 3 février

⁵ Cette orientation de la jurisprudence doit-elle étonner ? Non. Les clauses et conditions générales de l'administration des Ponts et Chaussées contiennent déjà une série de stipulations libérales d'indemnité tendant à restreindre aux seuls aléas normaux les risques de l'affaire (voy. art. 33). Le Conseil d'Etat devait être facilement porté à étendre l'esprit de ces dispositions.

1905, Michon c. Ville de Paris, Leb. 103, on peut lire ce considérant typique : « L'entrepreneur s'est trouvé, dans l'exécution de ses travaux,... aux prises avec des difficultés considérables, tenant à la rencontre des nappes d'eau d'une importance exceptionnelle; ...*l'imprévision de cette rencontre* est attestée par ce fait que... (etc.); ... par suite, le sieur Michon est fondé à réclamer une indemnité, pour l'aggravation qu'il a subie, de sujétions tenant à la présence des eaux telle qu'elle n'avait pu entrer dans la commune prévision des parties lors de la passation du marché. »

Relevons tout de suite que dans cet arrêt le Conseil d'Etat ne prononce pas la résiliation du marché, mais accorde une indemnité au cocontractant de l'administration.

En effet, dans de telles hypothèses, le Conseil d'Etat, très fréquemment, ne résiliait pas, mais simplement allouait un relèvement des prix prévus au contrat ou une indemnité.

La jurisprudence administrative se séparait donc doublement de la jurisprudence des tribunaux judiciaires.

Ses solutions s'expliquent : « Il est bien de dire que le débiteur doit supporter l'aléa jusqu'à la limite de la force majeure, mais si en fait il n'y réussit pas, *c'est un service public qui s'interrompt*. Mieux vaut pour l'administration, dès qu'un fait nouveau et imprévisible a détruit l'équilibre de la convention, aider le débiteur à poursuivre l'exécution ⁶. » C'est l'intérêt de la continuité du service public qui conduit à une notion élargie de la force majeure, notion élargie qui englobe les faits, rendant seulement l'exécution du marché dangereusement lourde; et naturellement, puisqu'il s'agit ainsi d'éviter l'interruption du service public, ce n'est pas à la résolution du marché qu'on arrive nor-

⁶ Closset, note sous Conseil d'Etat, 8 mai 1925 et 27 mars 1926, Gaz de Besançon et Ville de Montfort-l'Amaury, D. 1927.3.17.

malement, mais à son maintien avec indemnisation et grâce à l'indemnisation du cocontractant de l'administration.

§ 2.

L'arrêt du Gaz de Bordeaux.

I

Par un traité passé en 1904, une Compagnie était devenue concessionnaire de l'éclairage public et privé, par le gaz et l'électricité, de la ville de Bordeaux. Le cahier des charges déterminait un certain prix du mètre cube de gaz, et il faut noter qu'un article du cahier prenait soin de dire que ce prix correspondait à un coût de 23 francs la tonne de charbon à gaz et prévoyait des relèvements de tarifs pour le cas d'augmentation du prix du charbon : les prix maxima du gaz prévus correspondaient à une augmentation du prix du charbon atteignant le prix de 28 francs la tonne.

Dès le début de la guerre, la réduction des centres producteurs de houille (occupation par l'ennemi de la Belgique et du Nord de la France), l'énorme consommation de combustible par les usines de guerre, une hausse sensible du prix de la main-d'œuvre, le coût de plus en plus élevé et les risques croissants des transports par mer (guerre sous-marine) produisirent une hausse considérable du prix du charbon : en décembre 1915, le prix de revient de la tonne, rendue aux usines de la Compagnie d'Eclairage de Bordeaux, atteignit 73 francs; en mars 1916, 117 francs. Les chiffres de cette époque ont été, certes, dépassés depuis, mais on se rend compte dans quelle mesure, dès ce moment, cette hausse de la matière première nécessaire à la fabrication du gaz excédait toutes celles auxquelles avaient pu songer les contractants de 1904. Il était hors de doute que la

Compagnie d'Eclairage de Bordeaux, comme tous les concessionnaires de gaz, se trouvait en présence de circonstances absolument imprévisibles et exceptionnelles, et elle subissait de leur fait une perte exorbitante.

La Compagnie pouvait-elle obtenir l'application à son profit des principes qui ont été décrits au paragraphe précédent comme étant ceux qui régissent en Droit administratif la question de la force majeure? Sa situation n'était pas différente de celle des entrepreneurs auxquels le Conseil d'Etat accordait avant la guerre des indemnités à raison de difficultés anormales par eux subies dans l'exécution de leurs travaux.

Les concessionnaires de l'éclairage de Bordeaux demandèrent à la municipalité de cette ville de leur donner les moyens de continuer l'exploitation de leur service qu'ils seraient contraints, à bref délai, de cesser si les conditions stipulées au contrat de 1904 n'étaient pas modifiées.

La Ville de Bordeaux n'ayant pas accueilli la demande de la Compagnie, celle-ci saisit le Conseil de Préfecture de la Gironde: cette juridiction donna gain de cause à la Ville, par un arrêté du 30 juillet 1915. C'est sur appel de cet arrêté que le Conseil d'Etat a rendu, conformément aux conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Chardenet, son arrêt du 30 mars 1916.

II

Le service public ne peut pas être interrompu. Ce principe, que nous avons rencontré à l'origine des décisions antérieures à la guerre qui appliquaient une théorie embryonnaire de l'imprévision différente de la théorie civiliste de la force majeure, intervient en matière de concession de service public avec plus de force qu'avec aucun autre contrat de l'administration, parce que la concession est un mode de gestion des services publics.

Dans notre matière des concessions, une autre considération trouve ici sa place, celle-ci : le concessionnaire a le droit d'exploiter le service dont il a accepté la charge jusqu'à l'expiration de la concession : hors le cas d'une faute grave qui justifierait sa déchéance, son droit ne peut lui être enlevé que par le rachat. C'est une conséquence du fait que la concession est un contrat de longue durée. L'organisation de l'exploitation exige l'immobilisation de gros capitaux; ce n'est qu'au bout de bien des années, quand il sera arrivé au terme de la concession, que le concessionnaire aura perçu la somme représentant la rémunération de ses dépenses. Obliger le concessionnaire, victime de charges exceptionnelles, à exécuter son contrat dans les conditions originaires, ce serait le conduire à la ruine, partant à l'inexécution de ses obligations, et pratiquement à la déchéance, alors qu'aucune faute ne pourrait lui être reprochée; ce serait le dépouiller injustement de sa rémunération ⁷.

III

Ces deux idées : concession mode de gestion des services publics, concession contrat de longue durée, que nous avons trouvées déjà à la base de la règle dont l'étude a fait l'objet du pré-

⁷ Il est vrai qu'on peut tirer de ce que la concession est un contrat de longue durée un autre argument de tendance contraire alors : faite pour une période de temps très étendue, la concession est fatalement soumise à des éventualités qu'il est impossible de prévoir : n'est-il pas naturel que ce risque soit réciproquement accepté par les deux parties ? Les compagnies gazières en ont largement profité dans le dernier quart du XIX^e siècle : découverte d'applications nouvelles, invention d'appareils perfectionnés, utilisation des sous-produits. Mais si, « en matière de concession, l'imprévision est presque fatale » (Berthélemy, *Rev. pol. et parl.*, 1917, t. III), il en résulte seulement un élargissement du domaine des aléas normaux du contrat dont des événements, comme les conséquences de la guerre sur l'équilibre des contrats de concessions de gaz, sont bien différents.

cédent chapitre, imposent la solution du problème posé par la situation du concessionnaire en butte à des difficultés imprévisibles qui détruisent d'une façon anormale l'équilibre de son contrat.

« Deux solutions, disait M. le Commissaire du Gouvernement Chardenet dans ses conclusions, pourraient être envisagées. En premier lieu, la puissance publique, le concédant, prendrait, pendant cette période de difficultés, l'exécution du service; il assurerait le service en régie à ses frais... — Cette solution aurait de graves inconvénients. Est-il besoin de montrer qu'elle ferait supporter par le concédant toutes les conséquences résultant des événements de force majeure, des difficultés exceptionnelles rencontrées et imprévues lors de la passation du contrat? Le concessionnaire laisserait tranquillement les événements se dérouler, puis l'ère des temps difficiles une fois passée, il reprendrait l'exploitation de la concession, et il serait certain de réaliser les bénéfices qu'elle peut comporter sans avoir couru aucun risque. Une semblable solution ne saurait être admise; elle serait contraire à toute équité. »

« La seconde solution qu'on peut envisager est la suivante : la puissance publique, le concédant, *exigera du concessionnaire l'exécution du service* à laquelle il est tenu par son contrat; mais la puissance publique *aura à tenir compte au concessionnaire... de l'excédent de charges dépassant le maximum de difficultés ou le maximum de l'amplitude des variations économiques dont la prévision était possible au moment où l'on avait contracté.* »

En d'autres termes : le contrat continuera, un dédommagement sera dû au concessionnaire.

C'est la solution de l'ancienne jurisprudence de l'imprévision, appliquée à la concession.

Mais le Commissaire du Gouvernement précisait avec soin un point sur lequel l'ancienne jurisprudence ne donnait pas

de directions très nettes et qui devient un trait fondamental de la théorie. Si l'autorité concédante doit intervenir afin que le contrat continue dans l'intérêt du service public et du concessionnaire, elle ne doit pas supporter *seule* les charges résultant des événements de force majeure. Dans tout contrat, il y a une part d'aléa qui a été plus ou moins envisagée par les parties au moment de sa conclusion : le concédant n'aura à supporter que les charges qui dépassent le maximum de ce que l'on peut admettre comme ayant été prévu lors de la conclusion du marché. — M. Chardenet s'expliquait aussi sur la forme sous laquelle l'administration viendra en aide au concessionnaire ; les parties, disait-il, s'entendront pour la déterminer : par exemple, l'administration renoncera à certaines redevances, consentira un relèvement des tarifs, versera une indemnité.

M. Chardenet déclare ces principes applicables à l'affaire soumise au Conseil d'Etat par la Compagnie du Gaz de Bordeaux. Et le Conseil d'Etat les y applique.

« En principe, dit-il, le contrat de concession règle d'une façon définitive jusqu'à son expiration les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; ...le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité... La variation du prix des matières premières, à raison des circonstances économiques, constitue un aléa du marché qui peut, suivant les cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager.

« Mais... la hausse survenue... dans le prix du charbon... s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un *caractère exceptionnel*... mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, *dépasse certainement les limites extrêmes de majorations ayant pu être envisagées par les parties*

lors de la passation du contrat de concession; ...la Compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée.

« ...La Compagnie est tenue d'assurer le service concédé; et, d'autre part..., elle doit supporter seulement, au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge... »⁸.

L'arrêt a une double portée. Avec lui est consacrée et posée désormais, sur des bases solides, la théorie dite de l'imprévision, théorie administrative de la force majeure, dont les grandes lignes s'étaient esquissées avant lui. Avec lui est réalisée l'application de la théorie à la concession et se trouve accentuée de la sorte la physionomie que prend peu à peu la concession à mesure que son droit s'élabore.

IV

Les règles d'application de la théorie de l'imprévision à la concession ont été développées et mises au point par l'abondante jurisprudence qui a suivi l'arrêt du Gaz de Bordeaux. L'étude de cette jurisprudence nous entraînerait immédiate-

⁸ Nous ne disons rien de la procédure de renvoi devant le Conseil de préfecture proposée par le Commissaire du gouvernement et adoptée par le Conseil pour arriver à la fixation judiciaire d'une indemnité à défaut d'entente amiable. Cette procédure a soulevé une très vive controverse entre MM. Duguit qui l'a critiquée (voy. Rev. pol. et parl., 1916, t. II, p. 264-266; dans le même sens : Jèze, Rev. du Droit pub., 1916, p. 238) et Hauriou qui l'a approuvée (voy. Rev. pol. et parl., 1916, t. III, p. 40 et s.; dans le même sens, Berthélemy, Communes et Gaziers, Rev. pol. et parl., 1917, t. III, p. 24).

ment dans des détails qui n'ont pas leur place dans ce travail qui ne prétend pas donner plus qu'une vue d'ensemble sur la concession de service public⁹. Nous indiquerons seulement que les arrêts ont été surtout amenés et se sont attachés à poser des règles précises pour le calcul et la répartition des charges imposées au concessionnaire par les circonstances de force majeure : ils l'ont fait avec beaucoup de souplesse et de mesure, en demeurant fidèles aux idées directrices de la décision de 1916.

⁹ Voy. l'exposé de cette jurisprudence dans l'ouvrage de M. Alibert, les notes de M. Closset de 1925 et 1927, et l'article de M. Bosc, de 1926, précités.

CHAPITRE IV

L'extension des règles du Droit civil à la concession de service public.

Nous avons étudié dans les chapitres qui précèdent trois grands traits particulièrement « administratifs » du droit de la concession de service public. Nous parvenons à ce qu'on pourrait appeler une autre face de l'élaboration du droit de la concession : l'extension à la concession des règles du Droit civil, quand l'application de ces règles aux difficultés que l'opération de concession soulève se justifie par les caractères mêmes de la concession, et par-dessus tout par le fait que la concession est un mode de gestion des services publics.

SECTION PREMIÈRE

L'APPLICATION DU CODE CIVIL EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE ¹.

On a toujours appliqué en matière administrative des règles de droit civil.

La tendance des vieux auteurs du droit administratif et de l'ancienne jurisprudence à ramener les situations administra-

¹ Sur cette importante question, voyez : Gaston Jèze, De l'application des règles du Droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du Droit public, Rev. du Droit pub., 1923, p. 5 et s.

tives à des situations de droit civil et à les soumettre aux dispositions du Code Civil a été signalée déjà.

L'évolution a fait du droit administratif un droit autonome.

Pourtant le Conseil d'Etat, fréquemment encore, vise à l'appui de ses arrêts des textes du Code Civil².

A n'envisager la chose qu'au simple point de vue des faits matériels, on trouve à l'origine de ce phénomène deux raisons :

D'une part, le droit administratif est loin, pratiquement, de constituer par lui-même un corps de droit complet. Sans doute, il groupe beaucoup de textes édictant des règles spéciales en matière administrative, mais ces textes, si nombreux, ne fournissent pas, il s'en faut de beaucoup, les éléments de solution nécessaires à tous les problèmes juridiques que font naître les opérations administratives, particulièrement en matière de contrats administratifs.

D'autre part, beaucoup de situations administratives ressemblent aux situations prévues par le droit civil.

Au point de vue théorique, la pratique quotidienne du Conseil d'Etat — que la doctrine ne désapprouve pas — est-elle admissible?



On pourrait être tenté de rapprocher le droit administratif du droit commercial et de dire : le droit commun, le Droit, c'est le droit civil; le droit administratif n'est qu'un ensemble de règles dérogatoires au droit commun, comme le droit commercial.

² Et aussi du Code de procédure civile ; voyez à titre d'exemples : C. d'Et. 28 avril 1882, Ville de Cannes, Leb. 387 (art. 474 — tierce opposition) ; 26 janvier 1923, Compagnie Générale des Eaux c. Ville de Lyon, Leb. 69 (art. 541 — reddition de comptes, et 1036 — suppression des mémoires injurieux).

A toute espèce, quelle qu'elle soit, s'applique en principe la règle du droit commun, sauf lorsqu'un texte exceptionnel existe qui lui donne une solution particulière, dérogatoire au droit commun, auquel cas c'est ce texte qu'il faut appliquer.

C'est à cette conception que revenait en définitive l'attitude de nos anciens auteurs du droit administratif et la jurisprudence que nous rappelions quelques lignes plus haut.

Eur voici des preuves. Pendant les deux premiers tiers du XIX^e siècle, on a affirmé que la responsabilité délictuelle de l'administration était régie purement et simplement par les articles 1382 et suivants du Code Civil, puisqu'il n'existe aucune législation spéciale dérogeant au droit commun en cette matière. Notamment, c'était l'article 1384 du Code Civil qui rendait l'Etat responsable des fautes de ses agents, en vertu de la présomption de faute qui pèse sur les commettants pour les actes dommageables accomplis par leurs préposés.

Aubry et Rau enseignaient : « L'Etat, représenté par les divers ministères et administrations ou régies publiques, est, *comme tout commettant*, responsable des dommages causés par ses employés, agents ou serviteurs, dans l'exercice de leurs fonctions ou de leurs services »³.

Dans un arrêt du 1^{er} avril 1845, Depeyre, S. 1845.1.563, la Chambre civile de la Cour de Cassation disait de même : « Les règles posées par les articles 1382, 1383 et 1384 Code Civil sont applicables, sans exception, dans tous les cas où un fait quelconque de l'homme cause à autrui un dommage produit par la faute de son auteur,l'Etat, représenté par les différentes branches de l'administration publique, est passible des condamnations auxquelles le dommage causé par le fait, la négligence ou l'imprudence de ses agents peut donner lieu; ...s'il est pres-

³ Aubry et Rau, Cours du Code civil, 4^e édit., IV, p. 761.

crit aux tribunaux de s'abstenir de tout examen et de toute critique des règlements et actes administratifs, il est incontestable qu'il appartient à l'autorité judiciaire d'apprécier, *dans les cas prévus par les articles 1382, 1383 et 1384 du Code Civil*, les faits résultant de l'exécution plus ou moins intelligente, plus ou moins prudente des règlements administratifs. » (Voyez également un arrêt de la Chambre civile du 19 décembre 1854, Administration des Postes, S. 1855.1.266) ⁴.

« Le contrat d'entreprise de travaux publics, écrit Foucart ⁵, est un contrat de louage d'ouvrage dont les effets généraux sont réglés par le chapitre 3, titre 8, livre 3, du Code Civil, sauf les modifications que l'administration y introduit et qui, étant acceptées par l'entrepreneur, font la loi des parties » ⁶.

Dans la collation de fonction publique, on a vu longtemps, non seulement un contrat, mais un contrat soumis, à côté des dispositions spéciales, aux règles du Code Civil sur le louage de service; on a dit aussi : aux règles du mandat ⁷.

⁴ « Les tribunaux civils sont compétents pour statuer sur toutes les réparations de dommages causées par le fait d'autrui, par sa négligence, par son imprudence et par l'inobservation des règlements. Cette compétence est générale, et elle ne saurait être modifiée parce que des faits de négligence ou d'imprudence constitueraient en même temps des infractions de la part des employés des administrations publiques aux règlements de ces administrations... A l'égard de ces employés, l'action exercée contre eux a son principe dans le droit commun et doit être jugée par les principes de ce droit. Si cette action, par sa nature, réagit contre l'administration elle-même et peut amener des condamnations envers elle, comme responsable du fait de ses agents, cette responsabilité n'est aussi que la conséquence du droit commun. Les administrations publiques, comme représentant l'Etat, ne sont pas à l'abri des poursuites judiciaires qui ont pour objet de faire établir et déclarer cette responsabilité et de faire reconnaître les conséquences légales qui en découlent. »

⁵ Tome II, p. 246.

⁶ Voy. dans le même sens, Cotelle, t. III, n° 8 et 9 (p. 4 et 5).

⁷ Suivant Perriquet, Contrats de l'Etat, p. 435 et s., il faut appliquer aux fonctionnaires publics les règles du mandat et du Droit civil.



Cette opinion qui fait simplement du droit administratif, à l'instar du droit commercial, un ensemble de règles dérogoires au droit commun, ne peut plus être acceptée aujourd'hui. Le droit commercial est une branche du droit commun, il ne s'oppose pas à lui. Le droit administratif est autonome. — Mais, s'il est autonome, il est seulement autonome.

La loi civile est la loi commune; du moins elle est considérée comme telle dans l'état actuel de notre système juridique. On est soumis à elle « de plein droit, à moins que, par exception et par un privilège qui a besoin d'être justifié, on ne soit soumis à une autre loi »^s.

Précisément, tous les rapports de droit administratif sont en principe soustraits à la loi commune; et cela, parce que les intérêts auxquels le droit administratif donne satisfaction ne sont pas les mêmes^s. Dès lors, tandis que les règles du droit commun ont toutes une vocation à être utilisées en matière commerciale, tandis qu'en cette matière on se trouve sous l'emprise *du droit commun*, sauf dérogation établie par le droit commercial, il en va différemment en matière administrative : les rapports de droit administratif sont d'abord soumis *au droit administratif*, droit autonome, — droit autonome parce qu'il a non seulement son but et ses règles propres, mais encore ses principes directeurs particuliers, issus du droit public et non

^s Hauriou, Précis, 11^e édit., p. 27.

^s Le droit privé, écrivait Laferrière, « prévoit les rapports de droit civil qui s'établissent entre les personnes privées, dont l'une emprunte le concours de l'autre, pour son service personnel ou pour ses affaires, et non les rapports très différents qui s'établissent entre l'Etat et ceux qui sont investis d'une partie de la puissance publique afin de concourir à l'intérêt général ». (Jurid. administr., 2^e édit., I, p. 677.)

point du droit civil comme les principes directeurs du droit commercial. Cependant, le droit administratif est simplement autonome par rapport au droit commun; il n'y a pas entre le droit administratif et lui une barrière; au contraire, des liens demeurent, et ce sont en quelque sorte des liens de subordination, si ténus soient-ils, du droit administratif vis-à-vis du droit commun, parce que celui-ci est le droit commun. Par suite si, dans un cas concret, le droit administratif présente une lacune, et si le droit commun prévoit une situation analogue à celle qui demande solution, on se reportera nécessairement au droit commun. La solution donnée par celui-ci sera-t-elle adoptée d'emblée? Non, l'autonomie du droit administratif aura cette conséquence qu'après avoir recherché comment la loi commune résout le problème, le juge se livrera à un travail très délicat : il confrontera la disposition du droit commun avec les principes du droit administratif, notamment avec celui de la nécessité du fonctionnement régulier et continu du service public : si le texte concorde avec ce qu'exigent ces principes, on se trouvera en face d'un cas où la loi commune règle la situation qu'elle envisage, aussi bien dans les rapports du droit administratif que dans les rapports privés; alors on appliquera ce texte, et nous précisons : la logique de notre raisonnement veut que l'on dise : on appliquera le texte même du Code Civil ou de la loi de droit privé, et non pas seulement la règle de fond qu'il contient, puisqu'il s'agit d'une disposition de cette loi commune qui s'applique parce qu'elle n'a pas perdu ses droits de loi commune devant l'autonomie du droit administratif. S'il y a incompatibilité entre ce qu'exigent les principes du droit administratif et la disposition du droit commun, comme le juge ne peut pas se dispenser de statuer, il tranchera le litige d'une façon prétorienne, à la lumière des simples principes généraux du Droit, du droit commun et du droit public, généralement combinés, et de l'équité.

Les circonstances dans lesquelles la règle de droit civil sera appliquée seront donc, en fait, relativement rares; nombreuses, au contraire, celles dans lesquelles le juge élaborera souverainement la règle de droit convenable : dans ce travail d'élaboration souveraine, il s'inspirera d'ailleurs fréquemment des règles du droit civil qu'il adaptera, souvent sans même les amender beaucoup.

S'agit-il de la responsabilité délictuelle de l'administration, la théorie de l'application pure et simple, sans discrimination, des règles du Code Civil à cette matière est aujourd'hui écartée unanimement.

C'est dans ce domaine que le Conseil d'Etat paraît avoir émis pour la première fois l'idée que les dispositions du droit civil, et à fortiori les théories élevées sur les textes du Code Civil, ne peuvent pas, dans tous les cas, combler les lacunes du droit administratif.

L'arrêt sur conflit du 6 décembre 1855, Rothschild, Leb. 707, déclare — et il importe de remarquer qu'il s'exprime en termes d'une signification très générale : « A l'administration seule... il appartient, sous l'autorité de la loi, de régler les conditions des services publics dont elle est chargée d'assurer le cours,... il lui appartient de déterminer les rapports qui s'établissent entre l'Etat, les nombreux agents qui agissent en son nom et les particuliers qui profitent de ces services, et dès lors de connaître et d'apprécier le caractère et l'étendue des droits et des obligations réciproques qui en doivent naître; *...ces rapports, ces droits et ces obligations ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil et comme ils le sont de particulier à particulier...* notamment, en ce qui touche la responsabilité en cas de faute, de négligence ou d'erreurs commises par un agent de l'administration. Cette responsabilité n'est ni générale ni absolue; elle se modifie suivant la nature et la nécessité de chaque service. »

L'arrêt du Tribunal des Conflits du 1^{er} février 1873, Blanco, Leb. 1873, 1^{er} supplément, 51, confirme cette doctrine : « La responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public *ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code Civil pour les rapports de particulier à particulier*; cette responsabilité n'est ni générale ni absolue; elle a *ses règles spéciales* qui varient suivant les besoins du service et *la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés*. »

Ainsi, ce n'est pas par l'utilisation de l'art. 1384 du Code Civil qu'on supplée aux insuffisances des règles du droit administratif sur la responsabilité de l'administration pour les fautes de ses agents.

En ce qui concerne la responsabilité de l'administration du fait des choses inanimées, la théorie du Conseil d'Etat s'inspire du principe de l'art. 1384 du Code Civil, mais elle n'emprunte pas les termes de ce texte. Notamment, le Conseil d'Etat a suivi la Cour de Cassation dans la jurisprudence sur la présomption de faute qui pèse sur les automobilistes (Civ. 29 juillet 1924, Bessières, S. 1924.1.321. Note de M. Esmein; D. 1925.1.5. Note de M. Ripert; C. d'Et. 22 décembre 1924, Société d'assurance mutuelle des Travailleurs français, S. 1926.3.1. Note de M. Hauriou; D. 1925.3.9. Note de M. J. Appleton); mais elle l'a fait avec des nuances qui adaptent mieux la construction nouvelle aux principes établis sur la responsabilité de l'administration du fait de ses agents : l'arrêt du 22 décembre 1924 ne met pas la présomption de faute à la charge de celui qui a la garde de la chose, c'est-à-dire de son propriétaire (l'administration), mais à la charge du conducteur lui-même : la responsabilité de l'administration est entraînée par le jeu de la théorie de la faute de service qui substitue automatiquement l'administration à son

agent; ainsi, la responsabilité de l'administration provient toujours d'un fait de service; il n'y a rien de changé à ce point de vue; ce qui est changé, c'est seulement la charge de la preuve¹⁰. Sans cet amendement à la théorie civiliste, il aurait fallu parler de présomption de faute à la charge de l'administration. Or, il est évident que lorsque la responsabilité de l'administration est engagée par une faute, c'est toujours forcément par la faute d'un de ses agents.

En matière de marché administratif, il suffit d'évoquer la théorie de l'imprévision pour s'apercevoir que la jurisprudence ne transporte pas telles quelles, dans le droit public, les règles du droit privé¹¹.

Inutile d'insister sur les rapports du droit civil avec la condition juridique des fonctionnaires publics : non seulement il est admis depuis longtemps que les dispositions du Code Civil sur le louage de service ou le mandat ne sont pas applicables aux fonctionnaires¹², mais la doctrine refuse de voir dans le lien qui les unit à l'administration un contrat¹³.

¹⁰ Les civilistes, eux, sont au fond très heureux de pouvoir user de l'article 1384 qui leur permet de mettre hors de cause le conducteur pour laisser directement et uniquement à la charge du propriétaire la responsabilité; ils échappent ainsi au dualisme de la responsabilité du préposé et du commettant. Le Conseil d'Etat n'avait pas besoin de ce détour, la théorie de la faute de service substituant automatiquement la responsabilité de l'Etat à celle de ses agents pour la faute de ceux-ci.

¹¹ M. Jèze, mettant à profit le principe que les règles du droit civil ne s'appliquent pas nécessairement au droit public, serait assez disposé à admettre la *lésion* comme vice du consentement en droit public. On sait qu'en droit privé, au contraire, la lésion n'est pas un vice du consentement, sauf dans des hypothèses exceptionnelles expressément prévues. Sur cette question, voy. Gaston Jèze, La lésion comme vice du consentement en Droit public français, Rev. du Droit pub., 1922, p. 144.

¹² Laferrière, 2^e édit., I, p. 621 : « Le Code civil, le contrat de louage d'ouvrage sont hors de cause... » Tardieu, concl. dans l'affaire Winkel, C. d'Et. 7 août 1909, Leb. 826 : « Le contrat de fonction publique... ce n'est pas purement et simplement le contrat de travail du Code civil. » (Leb. 1302.)

¹³ L'engagement militaire volontaire lui non plus n'est pas, dit le Conseil

Voici un autre exemple à l'appui de notre thèse :

Le Conseil d'Etat est-il saisi d'une action fondée sur le quasi-contrat du paiement de l'indû, il examine d'abord si, en droit administratif, la répétition de l'indû est possible : en droit commun, elle l'est, puisqu'elle est prévue par des articles du Code Civil (articles 1376 et suiv.); l'est-elle en droit administratif? « La répétition demandée, dit M. le Commissaire du Gouvernement Corneille dans ses conclusions sur l'affaire Rigault, C. d'Et. 18 juin 1920, Rev. du Droit pub. 1921, p. 94 et 95, Leb. 596, a sa base non pas tant dans un article du Code Civil que dans un principe de droit naturel, d'après lequel personne ne doit s'enrichir, en définitive, aux dépens d'autrui. Or, si l'action a sa base dans un principe de droit naturel..., pourquoi ne pourrait-elle pas jouer dans les rapports des particuliers avec une administration, pourquoi ne pourrait-elle pas jouer quand, comme dans l'espèce, il y a eu paiement fait par erreur en l'acquit d'un service public? » Donc, si la répétition de l'indû existe dans les rapports des particuliers avec l'administration, ce n'est pas parce qu'il est un texte au Code civil qui l'admet, et qu'aucun texte de droit administratif n'interdit d'user de cette action, c'est parce que la confrontation des principes du droit administratif avec la règle du Code Civil n'amène pas la conclusion que cette règle du Code Civil doit être écartée, et elle ne conduit pas à cette conclusion parce que l'action en répétition est fondée sur un principe « de droit naturel » commun,

d'Etat, soumis aux règles pures et simples du droit civil sur le contrat de louage de service, et même n'est plus tenu pour un contrat (C. d'Et. 16 juillet 1920, Chirac, Rev. du Droit pub., 1920, 537, concl. de M. le commissaire du gouvernement Corneille, p. 533 et suiv.; les nécessités du bon fonctionnement du service public militaire sont incompatibles avec l'application pure et simple des règles du Droit civil sur le louage de service.

par conséquent au droit public et au droit privé. Voilà pour l'existence d'une action en répétition de l'indû.

Deuxième question : Pour trancher le litige, le juge sera-t-il tenu, puisque le droit administratif ne nous donne rien, d'appliquer les textes du Code Civil purement et simplement en ce qui concerne les conditions auxquelles le *solvens* pourra répéter contre l'*accipiens* les sommes indûment versées, etc...? Non, le juge rapprochera les textes utilisables des principes généraux du droit administratif et ne les appliquera que s'ils sont conformes aux exigences de ces principes. « S'il est intéressant pour vous, déclarait M. le Commissaire du Gouvernement Rivet dans l'affaire Savonnerie Henri Olive, C. d'Et. 25 nov. 1921, Rev. du Droit pub. 1922.107, Leb. 977, de connaître les applications que font du Code Civil, en matière de paiement de l'indû, les tribunaux judiciaires, vous ne sauriez oublier qu'ayant à trancher non un litige entre particuliers, mais un litige où l'Etat est partie, votre décision peut s'inspirer de principes différents... Sur le terrain — assez nouveau — du quasi-contrat, où cette affaire vous entraîne, *vous êtes maîtres de votre jurisprudence*. A vous de la créer, en vous inspirant, — comme vous l'avez fait en matière de responsabilité quasi-délictuelle, — du souci de concilier les droits de l'Etat et les principes généraux d'équité, *et en ne retenant les règles du Code Civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec les nécessités de la vie collective*, dont votre rôle de tribunal administratif suprême ne vous permet pas de faire abstraction. » Précisément, le Conseil d'Etat a édifié une théorie de la répétition de l'indû en droit public, qui s'écarte un peu de celle du droit privé.

A l'inverse, s'agissant du quasi-contrat de gestion d'affaire, le Conseil d'Etat a appliqué formellement l'article 1375 du Code Civil dans un arrêt du 28 juillet 1911, de la Guérinière, Leb. 933.

Ainsi nous paraît vérifiée l'idée que l'autonomie du droit ad-

ministériel s'oppose à ce que les règles du Code Civil soient appliquées d'emblée en matière administrative en cas de carence de règle de droit administratif ¹⁴.

Il reste toutefois une autre question, à vrai dire accessoire, mais qu'il est préférable de ne pas passer sous silence quand on vit sous un régime de loi écrite : lorsque le juge applique une règle du droit commun à une opération administrative, dans les conditions que nous avons tenté de préciser, est-ce au texte de la loi commune qu'il a recours, ou bien est-ce uniquement à la règle de fond que ce texte renferme ?

Pour M. Hauriou, les articles du Code ne s'appliquent pas « *in terminis* », « le juge administratif doit appliquer les *règles de fond* qu'ils contiennent » ¹⁵. De même pour M. Jèze ¹⁶, « en droit public français on n'applique pas les *textes* mêmes du Code Civil ou des lois de droit privé ».

Qu'en pense le Conseil d'Etat ? Il y a un fait facile à constater : très fréquemment, le Conseil d'Etat vise formellement des articles du Code Civil, quelquefois même il déclare, dans le corps des motifs de l'arrêt : qu'il adoptera telle solution « par application » de tel article du Code Civil. Est-ce à dire qu'il use du texte en tant que texte ? Tout le porte à croire. Sans doute, on pourrait soutenir que si la haute juridiction cite de la sorte la disposition, c'est uniquement afin de signaler qu'elle fait appel aux idées qui y sont inscrites.

Pourtant, quand une juridiction vise un article de loi, c'est bien pour indiquer qu'elle l'a examiné, afin de l'appliquer ou

¹⁴ Le Conseil d'Etat en use de même vis-à-vis du Code de procédure civile (voyez par exemple C. d'Et. 12 novembre 1926, Société Dickson, S. 1927.3.144).

¹⁵ Précis, 11^e édit., p. 27.

¹⁶ De l'application des règles du Droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du Droit public.

de l'écarter; mais, qu'elle l'applique ou qu'elle l'écarte, elle l'applique ou l'écarte en tant que texte.

D'ailleurs, dans les espèces où le Conseil d'Etat amende la disposition du Code Civil qu'il utilise, il ne la vise pas. (Voy. par exemple : C. d'Et. 18 juin 1920, Rigault; 25 novembre 1921, Savonnerie Henri Olive; 22 décembre 1924, Société d'assurance mutuelle des Travailleurs français.)

Enfin, il est difficile de ne pas voir une application du texte dans des hypothèses où le juge emprunte au Code Civil une disposition fixant un délai. Un des articles du Code Civil les plus couramment invoqués par le Conseil d'Etat est l'article 1154, qui autorise l'anatocisme : « Article 1154 : Les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière. » (Voy. par exemple : C. d'Et. 26 janvier 1923, sieur de Robert Lafregeyre, Leb. 67; 27 avril 1923, consorts de Fallois, Leb. 367.) Quand le Conseil applique un délai comme celui-ci, ce n'est que sur un texte qu'il peut se fonder, ce n'est que dans un texte qu'il peut le puiser.

On en dira autant des délais de prescription, sauf, peut-être, du délai de trente ans, susceptible d'être considéré comme le délai de prescription-type. Or, en matière de marchés de travaux publics, le Conseil d'Etat vise très souvent les articles 1792 et 2270, relatifs à la garantie décennale due par les architectes et entrepreneurs. (Voy. par ex. : C. d'Et. 19 mai 1893, Commune de Vesse-sur-Allier, D. 1894.352; 1^{er} avril 1925, 2^e esp., Ville de La Rochelle, Leb. 379; 6 février 1929, Ville d'Houlgate, *Le Temps* du 9 février 1929.) Sans doute, il existe bien un art. 2227 du Code Civil aux termes duquel « l'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers et peuvent également les opposer ». Mais cette disposition a toujours paru destinée aux opérations dans

lesquelles l'administration agit comme le ferait un simple particulier ¹⁷.

Les conditions dans lesquelles les textes du Code Civil trouvent leur place à côté des règles du droit administratif pour la solution des problèmes juridiques qui naissent des opérations administratives, étant précisées, comment s'est faite leur application dans la matière particulière qui nous occupe?

SECTION II

L'ANCIENNE JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE CONCESSIONS, NOTAMMENT DANS LE DOMAINE DES SANCTIONS DES OBLIGATIONS DU CONCESSIONNAIRE.

Les conceptions qui avaient cours au XIX^e siècle sur l'application des textes du Code Civil en matière administrative ne jouaient que très faiblement en matière de concession de travaux publics, pour les raisons qui ont été dites dans l'Introduction de cette Deuxième Partie et qui empêchaient toute élaboration du droit de la concession ¹⁸.

¹⁷ C'est ce qui paraît résulter de l'origine de ce texte et de l'application qui en a été faite jusqu'ici par la jurisprudence. Les termes du passage relatif à l'article 2227 dans l'exposé des motifs des textes du Code civil sur la prescription sont assez caractéristiques : ils révèlent en particulier que, lorsque les rédacteurs du Code ont inséré cet article, ils ont pensé aux domaines nationaux, et plus généralement aux biens qui constituent ce que nous appelons aujourd'hui le domaine privé des personnes publiques : faisant partie du Domaine de la Couronne, dans les mêmes conditions que ceux qui sont classés actuellement dans le Domaine public, ces biens étaient inaliénables et imprescriptibles sous l'Ancien Régime ; on a voulu préciser qu'ils étaient devenus prescriptibles en même temps qu'aliénables. (Voyez le rapport de Bigot-Préameau, Dalloz, Répertoire de Législation, v^o Prescription civile, p. 71, n^o 13. Voyez également le discours au Corps législatif du tribun. Goupil-Préfeln.) (*Ibid.*, p. 74, n^o 68.)

¹⁸ Voyez p. 122 et suiv.



Ce n'était que lorsque le cahier des charges était totalement muet sur un point en litige, et qu'il n'était absolument pas possible de penser que le silence du contrat fût voulu, que l'application de règles générales, du reste élémentaires, était admise : dans ces cas exceptionnels, force était bien de recourir à celles-ci. S'il n'y avait pas de texte de nature administrative (ce qui était le cas ordinaire), les conceptions du temps conduisaient à l'utilisation des textes du Code Civil.

Ainsi, il n'était pas rare que le cahier des charges ne contînt aucune disposition relative à la sanction des obligations prises par le concédant vis-à-vis du concessionnaire. Était-il admissible de penser un seul instant que la volonté des contractants avait été de laisser l'obligation de l'administration sans sanction ? Il fut très vite reconnu que le concessionnaire avait droit, dans le cas de manquement de l'autorité concédante, soit à des dommages-intérêts, soit même à la résiliation du contrat — si le manquement de l'autorité concédante en ruinait complètement l'économie, — et cela par application des articles 1142 et 1184 du Code Civil. C'est en ce sens que se prononçaient Christophle¹⁹ et Aucoc²⁰, ainsi que la jurisprudence. (C. d'Et. 27 juillet 1850, Compagnie du Pont de Dormans, Leb. 715; 1^{er} juillet 1881, Chemin de fer de l'Hérault, D. 1882.3.4, qui vise nommé-ment l'art. 1184 C. Civ.; 21 décembre 1883, Chemin de fer de l'Hérault, Leb. 959; 27 février 1903, Commune de Saint-Jean-de-Foz, Leb. 172.)

Un autre cas où le droit commun intervenait était celui de la

¹⁹ Christophle, *Traité des travaux publics* (1^{re} édit.), n° 721.

²⁰ 1^{re} édit., t. II, n° 688 (p. 243). Voyez également 3^e édit., II, n° 713 (p. 430); Christophle et Auger (2^e édit.), n° 1846; Ducrocq, 7^e édit., t. VI, n° 2241 (p. 141).

mise en œuvre des stipulations du contrat, lorsque les modalités d'application de ces stipulations n'étaient pas organisées : ainsi, on s'est servi des textes relatifs aux conditions d'application des clauses pénales. (C. d'Et. 31 juillet 1885, Liquidateur de la Société Tabanon, Leb. 743, qui cite expressément les articles 1226 et s. C. Civ.)



Au contraire, la sanction des obligations du concessionnaire a toujours été prévue par des dispositions plus ou moins nombreuses, édictant, par exemple, la déchéance, des pénalités, etc. Le principe que le cahier des charges est un tout, complet par lui-même, jouait alors sans réserves. (C. d'Et. 15 juillet 1881, Syndic de la faillite du Chemin de fer d'Orléans à Rouen, Leb. 700. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Marguerie, D. 1882.3.117; 11 janvier 1884, Level, Leb. 39. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Gomel, D. 1885.3.77.) Les traités de concession, disait M. Marguerie dans ses conclusions en 1881, « déterminent les conséquences de l'inexécution du contrat, en fixent la nature et l'étendue, mais ils ne permettent pas à l'être moral concédant de faire appel au droit commun pour réclamer des indemnités non prévues par le contrat... Les stipulations du cahier des charges en faveur du département ne peuvent être considérées comme un minimum de réparations... il s'agit d'indemnités arrêtées à l'avance pour éviter les difficultés d'appréciation qui, en raison des divers éléments qui constituent le contrat de concession, n'auraient pas manqué de se produire si le contrat n'avait eu le soin de régler lui-même les droits du département pour toutes les éventualités possibles » ²¹. Les mesures de répression portées au

²¹ Et l'arrêt rendu sur ces conclusions n'est pas moins net ; il dit : « Considérant qu'au point de vue de l'inexécution des obligations de son contrat de

contrat sont donc exclusives de l'application des sanctions du droit commun. « C'est à la partie concédante à prendre ses précautions » ²².

En cette matière très importante de la sanction des obligations du concessionnaire, il en résultait pratiquement que *la sanction normale des manquements de l'entrepreneur était et demeurait la déchéance* ²³.

Si l'on se reporte, en effet, aux anciens cahiers des charges, on y trouve des articles édictant des amendes, la confiscation du cautionnement, le séquestre ou mise en régie, dans des cas expressément visés; on y rencontre des dispositions prononçant la déchéance dans des hypothèses précises, comme le retard dans le commencement ou l'achèvement des travaux, l'interruption de l'exploitation et sa suspension continuée pendant un certain temps (cahier des charges-type des chemins de fer d'intérêt général de 1844, art. 39, 40 et 41); mais on y voit aussi, habituellement, brochant sur le tout, une stipulation ainsi conçue : « Faute aussi par le concessionnaire d'avoir rempli les diverses obligations qui lui sont imposées par le présent cahier des charges, il encourra la déchéance. » (Art. 39, cahier des chemins de fer d'intérêt général.)

Si le contrat seul doit être consulté pour la détermination des conséquences de l'inexécution par le concessionnaire de ses

concession, la compagnie ne doit non plus aucuns dommages-intérêts au département, puisque ce contrat stipule formellement comme seules pénalités applicables aux cas d'inexécution des obligations qu'il édicte, la déchéance du concessionnaire dans des formes déterminées et la confiscation du cautionnement de l'entreprise. »

²² Conclusions de M. Gomel en 1884. Voyez également dans ce sens Aucoc, 2^e édit., t. III, n° 1336 (p. 454); 3^e édit., t. II, n° 711 (p. 428); Christophle et Auger, n°s 1531, 1532, 1859; de la Taste, Sanctions pécuniaires des obligations des concessionnaires des chemins de fer et des tramways, Rev. des concessions, t. III, 1904, p. 49 et s.

²³ Christophle et Auger, n° 1532.

obligations, celui-ci encourra la déchéance pour toutes les infractions, même légères, qu'il commettra et pour lesquelles n'aura pas été prévue une autre sanction moins lourde.

Sans doute, ce n'est pas par simple inadvertance, par inexpérience ou ignorance qu'une clause de déchéance aussi vague était insérée autrefois dans les cahiers des charges. Elle l'était parce que la déchéance était alors considérée comme *la sanction normale* des obligations du concessionnaire, et par suite, l'attitude de la jurisprudence constituait au fond, en matière de sanction des obligations du concessionnaire, une interprétation saine de la volonté originaire des contractants, au moins pour les vieux contrats.

Mais, de la sorte, on arrivait, nous allons le voir, à des conséquences tellement contraires, aussi bien à l'intérêt du service public qu'à celui du concessionnaire, que les contractants (et aussi bien l'administration qui avait imposé la clause draconienne que les concessionnaires) ne désiraient plus une interprétation si stricte.

Qu'est-ce, en effet, que la déchéance? C'est une résolution du contrat de concession prononcée habituellement d'office²⁴, qui entraîne la réadjudication de la concession à la folle enchère

²⁴ En principe, si le contrat ne donne pas à l'administration le droit de prononcer d'office la déchéance, c'est le juge seul qui a ce droit (C. d'Et. 20 mai 1892, Tessier, S. 1894.3.39, conclusions de M. le commissaire du gouvernement Romieu; 22 mai 1914, Boutet, S. 1921.3.11; 27 février 1924, Commune de Morzine, D. hebdomadaire, 1924, 268); mais en fait, il est rare que le cahier des charges ne confère pas à l'autorité concédante le privilège d'agir d'office en cette matière (voy. Cahier des charges-type des chemins de fer d'intérêt général de 1844, art. 39; loi du 31 juillet 1913, art. 30, 3°, sur les chemins de fer d'intérêt local; cahier des charges-type des distributions communales d'électricité, décret du 28 juin 1921, art. 25).

La déchéance est prononcée quelquefois sans mise en demeure; cependant, celle-ci est nécessaire quand le contrat n'en dispense pas expressément (C. d'Et. 31 juillet 1885, Liquidateur de la Société Tabanon, Leb. 743).

du concessionnaire et la confiscation du cautionnement; si une première mise aux enchères ne donne pas de résultats, une deuxième adjudication est tentée, et si elle échoue à son tour, le concessionnaire perd tous ses droits : les travaux d'organisation du service, les ouvrages exécutés, les matériaux approvisionnés appartiennent à la personne publique concédante, sans que celle-ci ait à verser au concessionnaire la moindre indemnité; si l'adjudication amène un nouveau concessionnaire, ce dernier verse le prix de l'adjudication à son prédécesseur; mais ce prix d'adjudication représente, la plupart du temps, une compensation très médiocre pour le concessionnaire déchu : les enchères n'atteignent qu'un prix faible en raison du discrédit qui plane sur l'entreprise, et, en général, des conditions toujours défavorables qui entourent les liquidations de cette espèce ²⁵.

Voilà bien, sans aucun doute, une mesure de répression extrêmement rigoureuse.

Avec la conception jurisprudentielle qui, en partant du principe que le cahier des charges constitue un tout auquel rien ne peut être ajouté, conserve à la déchéance son caractère de sanction normale des obligations du concessionnaire, que se passera-t-il, en fait, lorsque le concessionnaire se rendra coupable d'une infraction des plus légères qui ne tombera pas sous le coup d'une autre sanction prévue au contrat? De deux choses l'une : ou bien l'autorité concédante, désireuse de ne pas laisser

²⁵ Ces effets de la déchéance n'ont pas changé depuis l'époque des premières grandes concessions : on peut comparer utilement à ce point de vue le vieux cahier des charges-type des chemins de fer d'intérêt général de 1844, art. 39, et le cahier des charges de distributions communales d'électricité de 1921, art. 26 : les termes même n'ont pas changé. Seulement, si les effets de la déchéance n'ont pas varié, les conditions d'application de cette sanction ont singulièrement évolué, de sorte qu'aujourd'hui la déchéance est en fait rarement appliquée : c'est ce qui explique qu'elle ait dans ses effets conservé sa rigueur originale.

la faute impunie ou animée de sentiments peu bienveillants à l'égard de son entrepreneur, frappera celui-ci de déchéance, ou bien, au contraire, afin de ne pas disproportionner la faute et sa répression, elle gardera le silence : comme l'a dit plus tard M. le Commissaire du Gouvernement Blum, dans ses conclusions sur l'affaire Compagnie Générale Française des Tramways, la déchéance faisait « un peu l'effet de ces peines surannées inscrites dans les Codes et qui, par leur énormité même, procurent aux délits qu'elles prévoient une complète impunité ».

Bien mieux, la jurisprudence assez vite en arriva elle-même à affirmer que *la déchéance ne pouvait intervenir que dans le cas de manquement particulièrement grave du concessionnaire* ²⁶. (C. d'Et. 20 mai 1892, Tessier, S. 1894.3.39. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu; 20 janvier 1905, Compagnie départementale des eaux, D. 1906.3.77, S. 1907.3.8. Conclusions de M. Romieu) ²⁷.

Et on peut dire qu'aujourd'hui la déchéance n'est encourue que lorsque les fautes du concessionnaire révèlent une mauvaise volonté, une inexpérience ou un défaut de moyens matériels,

²⁶ Voyez déjà les paroles du Ministre des Travaux publics lors de la discussion de la loi du 15 juillet 1845, rapportées par Christophle (1^{re} édit.), n° 676; ainsi que l'opinion de Dufour, t. III, n° 243 (p. 218); la jurisprudence ne les avait guère suivis.

²⁷ « Une modification grave apportée au contrat et *substantielle*, a dit M. Romieu dans ses conclusions sur l'affaire Compagnie départementale des eaux, peut entraîner la déchéance. » Cette formule est particulièrement remarquable. Nous devons signaler que M. Romieu ajoute : « par application du droit commun et sans clause spéciale qui la prévoie. » Ce dernier membre de phrase ne change rien, car il faut s'entendre : l'éminent magistrat fait certainement allusion ici à la clause vague qui sanctionne par la déchéance tous les manquements du concessionnaire en général : la déchéance est une sanction exclusivement contractuelle, elle ne peut donc pas être qualifiée de sanction de droit commun ; elle ne peut pas être prononcée sans clause spéciale qui la prévoie ; seulement, entre l'existence de dispositions aussi vagues dans les traités et l'affirmation que la déchéance est une sanction « de droit commun », il n'y a qu'un pas.

qui mettent le concessionnaire dans l'impossibilité de faire fonctionner normalement le service : dans ces conditions, il vaut mieux le chasser.

Cette attitude du Conseil d'Etat provient de cette idée que le service public doit fonctionner sans à-coups ; or la déchéance rupture du contrat nuit à la continuité du service ou au moins à son fonctionnement harmonieux. Une autre idée qui a été déjà relevée et qui commande beaucoup de règles de la concession a eu également ici son influence : la concession de service public est un contrat de longue durée, et à moins de raisons sérieuses, et notamment de fautes graves, le concessionnaire ne peut être privé de ses droits que par le rachat.

La déchéance a donc perdu son rôle de sanction normale des obligations du concessionnaire. Il faut cependant que le respect des obligations contractuelles soit assuré : il le sera par l'appel au droit commun.

SECTION III

LES CONCEPTIONS NOUVELLES, PARTICULIÈREMENT DANS LE DOMAINE DE LA SANCTION DES OBLIGATIONS DU CONCESSIONNAIRE.

Le principe que le contrat de concession ne peut être complété par des règles du droit civil disparaît à l'occasion d'une difficulté relative à la sanction des obligations du concessionnaire, avec l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 mai 1907, Deplanque contre Ville de Nouzon, S. 1907.1.113. Note de M. Hauriou; Rev. du Droit pub. 1907.678. Note de M. Jèze et conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu; Revue des Concessions, 1907.290. Note.

L'introduction de règles du droit civil dans la matière des

concessions s'est faite, avec cet arrêt et depuis, dans ces conditions générales qui ont été décrites dans la première section de ce chapitre. Les textes du droit commun admis à combler les lacunes que le contrat présente et auxquelles le droit administratif ne supplée pas, étant lui-même défaillant, ont été ceux qui sont compatibles avec les exigences des principes essentiels de ce droit autonome. — Il faut, bien entendu, ajouter : et avec les idées fondamentales du droit de la concession.

S'agissant spécialement de la sanction des obligations du concessionnaire, l'utilisation de textes du Code Civil a même *pour but* et effectivement *pour conséquence*, de favoriser l'application de ces idées fondamentales du droit de la concession. Elle devait procurer ainsi et a procuré un fonctionnement plus parfait du service public et en général une meilleure exécution du contrat, elle devait servir et a servi l'intérêt des usagers, de l'administration et de son cocontractant.

Nous cantonnant sur ce terrain de la sanction des obligations du concessionnaire, nous étudierons successivement : l'application de l'article 1142 du Code Civil, celle de l'article 1184, la question de l'application des astreintes et le recul de la procédure d'action d'office.

§ 1.

*L'application de l'article 1142 du Code Civil*²⁸.

A la suite de la jurisprudence qui limitait le champ d'application de la déchéance aux fautes graves des concessionnaires, l'administration allait-elle demeurer désarmée juridiquement

²⁸ « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

après l'avoir été pratiquement contre les manquements légers de ses cocontractants?

C'est l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 mai 1907, Deplanque contre Ville de Nouzon, qui est venu remédier à la situation.

Le sieur Deplanque était concessionnaire de la distribution de l'éclairage électrique de la ville de Nouzon. Le cahier des charges de son entreprise stipulait diverses sanctions (notamment la déchéance et la mise en régie), correspondant à des infractions précises.

En 1903, la ville de Nouzon, invoquant à l'encontre de son entrepreneur à la fois des manquements dont la sanction était établie expressément par le contrat et d'autres pour lesquels celui-ci n'édicte aucune mesure de répression, demanda au Conseil de Préfecture des Ardennes de prononcer la déchéance du concessionnaire et subsidiairement la mise en régie, d'autre part, la condamnation de l'entrepreneur, le sieur Deplanque, à 1.000 francs de dommages-intérêts : la déchéance et la mise en régie étaient encourues par le concessionnaire, aux termes du contrat, pour certaines des fautes que relevait la ville; les dommages-intérêts n'étaient pas prévus par le cahier des charges.

Le Conseil de Préfecture des Ardennes, par arrêté du 10 mars 1904, repoussa pour des raisons tirées de l'absence de formalités préalables la demande de déchéance. Il rejeta la demande subsidiaire de mise en régie, cette mesure rentrant exclusivement dans les attributions de la ville et devant être prononcée par décision exécutoire. Quant aux dommages-intérêts, le Conseil de Préfecture, avec une argumentation qu'il serait sans grand intérêt de rappeler ici, les accorda à la ville de Nouzon.

Le sieur Deplanque déféra cette décision au Conseil d'Etat, arguant notamment qu'elle était en contradiction avec la jurisprudence d'après laquelle il n'y a pas d'autre sanction à l'inobservation des conditions du contrat de concession que celles que le cahier des charges édicte expressément.

Le Conseil d'Etat confirme la condamnation prononcée par les premiers juges, et il le fait avec des motifs extrêmement intéressants : il détache des griefs invoqués par la ville trois infractions qu'il distingue de celles dont la sanction était prévue au contrat; il les réunit sous la qualification *d'exécution incomplète des clauses du contrat*, et déclare que « *si aucune sanction de ces faits n'a été expressément prévue au cahier des charges*, ils n'en constituent pas moins, de la part de l'entrepreneur, l'inexécution de ses obligations *et sont de nature à motiver l'allocation d'une indemnité à la ville de Nouzon à raison du préjudice qui en est résulté pour elle* » ²⁹. Et l'article 1142 du Code civil est cité dans les visas.

La portée de l'arrêt apparaît très clairement à la seule lecture de la décision elle-même. Les conclusions de M. Romieu, à la suite desquelles il a été rendu, la précisent mieux encore : le Commissaire du Gouvernement n'a pas caché ses intentions : « La doctrine qui ressort des arrêts de 1881 et 1884, dit-il, *est beaucoup trop absolue et ne nous semble commandée par aucun texte ni aucun principe de droit*... Il est absolument certain que les rapports des contractants sont régis par les dispositions du contrat de concession; si donc le cahier des charges règle expressément comment seront réprimées telles ou telles infractions au contrat, il n'est pas permis de substituer aux sanctions contractuelles d'autres sanctions, fussent-elles l'application des principes habituels du droit commun. Mais *si le contrat, tout en fixant les obligations des parties, a omis de spécifier les sanctions correspondantes*, il n'en résulte pas qu'il n'y ait pas de sanction; de même, si le contrat a prévu et fixé les sanctions

²⁹ Cette décision, qui a été fortement critiquée par la Revue des Concessions (t. VI, 1907, p. 303 et s.), est approuvée par les auteurs : voyez Berthélemy, Traité, 11^e édit., p. 712; Hauriou, Précis, 11^e édit., p. 799; Jèze, Revue du Droit public, 1907, p. 678 et s.

pour certaines irrégularités graves dont il a tenu spécialement à s'occuper, mais *n'a pas parlé des sanctions afférentes à d'autres irrégularités, il n'en résultera pas davantage que ces dernières resteront impunies*. Toute obligation contractuelle comporte une sanction; à défaut de règles particulières édictées par le contrat, c'est le droit commun qu'il faut appliquer; pour qu'il en fût autrement, il faudrait une disposition explicite et formelle du contrat. Le droit commun, c'est ou la rupture du contrat ou la condamnation à des dommages-intérêts, selon la gravité des inexécutions, qu'il appartient au juge d'apprécier. Si donc le cahier des charges donne *d'une manière générale* au concédant le droit de prononcer la déchéance pour inexécution du marché, il ne fait pas, par là même, obstacle à ce que le juge, pour des infractions à raison desquelles la déchéance serait une mesure trop rigoureuse, se borne à condamner le concessionnaire au paiement d'une indemnité, *par application de l'art. 1142 du Code Civil.* » Et, tout à la fin de ses conclusions: « Nous estimons que la ville est recevable et fondée à demander au juge la sanction, *en vertu du droit commun*, des manquements de service que le droit contractuel n'a pas spécialement visés. »

Ainsi, la doctrine qui se manifestait dans les arrêts de 1881 et 1884 est renversée; le cahier des charges n'est plus un ensemble parfait et complet par lui-même; il peut être complété, et complété par les dispositions du Code Civil.

Spécialement, on pourra recourir à l'article 1142 du Code Civil pour sanctionner un manquement du concessionnaire à ses obligations, manquement pour lequel aucune mesure de répression particulière n'a été prévue et qui est d'autre part trop léger pour tomber sous le coup de la clause frappant en général de la déchéance les faits d'inexécution de l'entrepreneur.

Toutefois, s'il est possible de compléter le contrat, il n'est pas permis de substituer à une de ses dispositions formelles une règle de droit commun.

Le juge ne saurait non plus, se trouvant en présence d'une infraction et estimant que la peine établie par l'acte de concession est insuffisante, superposer à celle-ci les sanctions du droit commun : par exemple, les dommages-intérêts judiciaires ne peuvent se cumuler avec les dommages-intérêts conventionnels ; il a été jugé que lorsqu'une compagnie concessionnaire de l'éclairage au gaz a été condamnée en raison de l'interruption de l'éclairage à subir les retenues prévues par le cahier des charges, elle ne peut, en raison du même fait, être condamnée à payer une indemnité à la ville si celle-ci ne justifie d'aucun dommage spécial dont il lui soit dû réparation. (C. d'Et. 22 mai 1908, D. 1910.5.29.)

M. Appleton³⁰ formule cependant ici une réserve. Les concessionnaires, dit-il, ont quelquefois, surtout en matière de distribution d'énergie électrique, mis à profit cette théorie suivant laquelle, dans le cas où le manquement est sanctionné par une clause pénale insérée au cahier des charges, le juge administratif ne peut condamner l'entrepreneur à un chiffre de dommages-intérêts arbitré par lui. Il arrive souvent que, pour certaines infractions, telles que le retard dans l'exécution des travaux, une clause pénale insidieusement glissée dans le contrat stipule des indemnités forfaitaires d'un chiffre volontairement insignifiant. Les communes, souvent mal défendues, dans la période des pourparlers, contre un concessionnaire admirablement armé, acceptent ces clauses sans en avoir mesuré la portée et se trouvent ensuite à la merci de leurs cocontractants. « Il y a là, déclare M. Appleton, un abus, et même, suivant les circonstances, un dol. Nul ne peut par contrat s'affranchir de la responsabilité de ses fautes, surtout des fautes lourdes et caractérisées. Si l'adoption de ces clauses pénales avait pour effet de

³⁰ Traité du Contentieux administratif, n° 213 (p. 391).

conduire pratiquement à ce résultat, elles seraient frappées de nullité, et l'administration pourrait obtenir d'équitables dommages-intérêts. » Nous adhérons volontiers à cette opinion.

La jurisprudence de l'arrêt Deplanque s'était déjà dessinée, semble-t-il, dans quelques arrêts antérieurs. (C. d'Et. 15 janvier 1897, Société départementale d'usines à gaz, Leb. 16; 24 janvier 1902, Gilquin, Leb. 45; 10 novembre 1905, Département de la Marne, Leb. 824.) Elle a été maintes fois confirmée depuis 1907 : elle est appliquée couramment. (C. d'Et. 18 novembre 1910, Commune de Signy-l'Abbaye, Leb. 801; 17 novembre 1922, Commune de Châlonnes-sur-Loire, Leb. 837; 26 mars 1924, Société industrielle de gaz et d'électricité c. ville de Lézignan, Leb. 328; 13 novembre 1925, Société des Eaux de Cours, Leb. 893; 19 février 1926, Société du Gaz de La Ciotat, Leb. 196; 27 mai 1927, Commune de Terrasson c. Gastambide, Rev. des Conces. 1927.133; 2 novembre 1927, Ville de Saint-Pol-sur-Ternoise c. Société Béthunoise d'éclairage, Rev. des Conces. 1928.100.)

§ 2.

L'application de l'article 1184 du Code Civil.

L'article 1184 du Code Civil, aux termes duquel « la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement », n'est pas moins applicable à la concession que l'article 1142.

Cela a été plusieurs fois jugé pour le cas, assez peu fréquent du reste, où le contrat ne prévoit *pas du tout la déchéance* dans l'échelle des peines qui peuvent atteindre le concessionnaire; dans cette hypothèse, la déchéance étant une mesure de rigueur exclusivement contractuelle, si l'autorité concédante veut sanctionner une violation grave des engagements par la rupture du

contrat, elle pourra obtenir, mais pourra obtenir seulement, la résolution en justice du marché, conformément au droit commun. La solution a été admise il y a longtemps déjà et avant même l'apparition des conceptions qui sont à la base de l'arrêt Deplanque. (C. d'Et. 18 mai 1888, Raoul c. Commune de Villers-sur-Mer, D. 1889.3.80.) C'était d'ailleurs indispensable et ne pouvait faire difficulté. Pour ces raisons mêmes, cette hypothèse ne saurait nous retenir ici.

Au contraire, il y a application de la doctrine nouvelle, en tant qu'elle s'étend à l'art. 1184, dans une résiliation qui est prononcée dans les circonstances suivantes : le cahier des charges d'une concession stipule différentes sanctions, dont la déchéance, pour divers manquements; il ne contient pas la clause générale frappant de déchéance le concessionnaire qui n'exécute pas ses obligations : l'entrepreneur se rend coupable d'une infraction grave non prévue, ou de plusieurs faits d'inexécution, de même non sanctionnés expressément, dont l'ensemble porte une atteinte sérieuse au contrat : le juge prononce la résolution de celui-ci aux torts et griefs du concessionnaire. (C. d'Et. 23 décembre 1925, Houssin, Leb. 1048, Rev. des Conces. 1926.41; Rapp. C. d'Et. 12 juillet 1918, Vandel, Leb. 700; 2 juillet 1924, Dame veuve Girou c. Commune de Montaignu, Leb. 628)³¹.

³¹ Cet arrêt est assez intéressant : « Il résulte de l'instruction, dit-il, que la dame Girou a, à partir du mois d'octobre 1922, cessé son exploitation...; si l'article 17 de la convention du 7 octobre 1902 reconnaissait, au cas d'interruption du service *pendant huit jours consécutifs*, le droit de la municipalité d'assurer *l'exploitation en régie*, cette disposition ne faisait pas obstacle à ce que la commune poursuivît la *résiliation du contrat* pour *inexécution prolongée* de ses obligations par le concessionnaire...; malgré une mise en demeure, la dame Girou s'est refusée à assurer de nouveau les services dont elle était chargée et n'a pas fait le moindre effort pour rétablir la distribution du gaz...; elle a commis ainsi une faute présentant un caractère de gravité suffisant pour justifier la résiliation du contrat... » Ainsi, l'exploitation ayant cessé de fonctionner pendant plus de huit jours (c'est du moins ce qui ressort

Plus curieuse, quoique plausible, serait l'hypothèse que voici : soit un contrat où la sanction de la déchéance est cette fois prévue par une clause de portée générale : l'autorité concédante estime que le manquement imputable au concessionnaire n'est pas assez grave pour justifier une déchéance, en raison des conséquences désastreuses que cette mesure a toujours pour le concessionnaire, mais l'est suffisamment pour rendre impossible la continuation de l'exploitation par le concessionnaire et la simple condamnation de celui-ci à des dommages-intérêts : la résiliation du droit commun pourrait alors parfaitement intervenir. Elle apparaîtrait ainsi, pour les infractions non prévues avec précision au contrat, comme une sanction intermédiaire entre la déchéance, possible par application d'une clause générale, et les dommages-intérêts.

Dans ces cas, d'ailleurs, comme dans tous les autres, la résiliation ne peut être prononcée qu'à la suite d'infractions graves, à la suite de la violation des clauses essentielles du marché. Elle se rapproche en cela de la déchéance : constituant comme elle une rupture du contrat au préjudice du concessionnaire, elle est soumise au principe que, sans raisons majeures provenant de son fait, le concessionnaire ne peut être dépouillé de ses droits autrement que par le rachat.

Dans ses conclusions sur l'affaire Deplanque, M. Romieu rapprochait la théorie qu'il proposait au Conseil d'Etat, en faveur de l'application du droit commun en matière de sanction des obligations *du concessionnaire*, du fait que depuis longtemps déjà on recourait à ce même droit commun pour sanctionner

de l'arrêt), on ne se trouvait plus en présence de l'infraction *expressément prévue* par l'article 17 du contrat ; dès lors, une sanction autre que celle du contrat pouvait être envisagée ; la résiliation pouvait intervenir en raison de la gravité particulière de l'inexécution ; le Conseil d'Etat a en outre condamné l'entrepreneur à des dommages-intérêts.

les obligations *du concédant*, et il disait : « Il y a là une doctrine qui, dans ses deux branches, serait très féconde pour apporter plus de souplesse et d'équité dans les rapports entre le concédant et le concessionnaire et dont l'unité juridique pourrait être à peu près exprimée en ces termes : le cahier des charges de la concession fixe les obligations des parties, ces obligations doivent avoir une sanction ; lorsqu'il n'a pas été prévu de sanction directement applicable au fait d'inexécution relevé à la charge du concédant et du concessionnaire, il appartient au juge, sur la demande de la partie lésée, d'édicter une sanction dans les termes du droit commun, c'est-à-dire, selon les circonstances, de prononcer la résiliation du contrat ou de condamner la partie défaillante au paiement de dommages-intérêts. »

Le Commissaire du Gouvernement a obtenu totale satisfaction.

§ 3.

La question de l'application des astreintes.

Lorsque le débiteur refuse d'exécuter son obligation et lorsque cette obligation consiste en une autre prestation que celle d'une somme d'argent, les tribunaux judiciaires emploient couramment, pour vaincre sa résistance, le procédé suivant, dit de l'astreinte : ils ordonnent au débiteur d'exécuter dans un délai fixé et le condamnent, pour le cas où il n'obéirait pas, à payer au créancier une certaine somme par jour de retard. Toutefois, la condamnation est provisoire ou, comme on dit, par une expression empruntée à la jurisprudence de l'ancien Parlement de Bretagne, *comminatoire* : c'est là l'idée essentielle de la théorie : le juge se réserve de statuer ultérieurement en cas d'inexécution sur le chiffre définitif auquel le débiteur sera condamné.

Ce procédé constitue un moyen de contrainte d'une portée incontestable. Les dommages-intérêts, en cas de résistance prolongée, doivent finir par atteindre un chiffre énorme.

Leur caractère provisoire n'enlève pas que la menace d'une condamnation très lourde pèse sur le débiteur défaillant; de plus, on verra quelquefois les tribunaux modifier leur sentence, non pour diminuer la condamnation, mais pour l'augmenter si la première astreinte n'a pas donné le résultat attendu. (Cass., req. 1^{er} décembre 1897, D. 1898.1.289.)

En pratique, le système est employé dans les hypothèses les plus variées : par exemple, en cas de refus par un époux, après séparation de corps ou divorce, de remettre les enfants à celui qui en a obtenu la garde, ou bien encore pour assurer l'exécution d'obligations de caractère patrimonial, telles que celles de livrer un objet déterminé, de rendre compte, de produire des pièces, d'exécuter des travaux.

L'administration est-elle recevable à demander au juge administratif la condamnation à une astreinte de son débiteur, et spécialement du concessionnaire de service public, qui manque à ses obligations?

Ayant rapporté la jurisprudence inaugurée par l'arrêt Deplanque de 1907, M. le doyen Berthélemy ajoute : « Si cette jurisprudence pratiquement très sage est tenue pour conforme à la loi — et nous n'y saurions contredire — elle permettra de faire un progrès de plus. Il doit être possible de recourir au système très efficace des astreintes pour assurer par le concessionnaire l'exécution fidèle du service dont il a pris la charge » ³².

M. Appleton pense de même qu'il n'y a pas de raison juridi-

³² Traité, 11^e édit., p. 712.

que valable pour que le Conseil d'Etat écarte l'application de ce système très efficace ³³.

Néanmoins, le Conseil d'Etat s'est refusé jusqu'à maintenant à accepter l'idée que les débiteurs de l'administration, et notamment les concessionnaires de services publics, puissent être condamnés à des astreintes. (C. d'Et. 22 mai 1914, Rougier, Leb. 626; 23 mai 1919, Gaz de Pézenas, Leb. 469; 10 juin 1921, Commune de Fumel, Leb. 561; 17 novembre 1922, Commune de Châlonnes-sur-Loire, Leb. 837; 27 février 1924, Commune de Morzine, S. 1926.3.38.)

On explique cette résistance en disant qu'elle est une conséquence du principe que les tribunaux administratifs ne connaissent pas de l'exécution de leurs arrêts (en ce qui concerne bien entendu leur exécution à l'égard des parties privées). Quand, en effet, des difficultés s'élèvent au sujet de l'exécution d'une décision du Conseil d'Etat ou d'une juridiction administrative inférieure, ces difficultés sont en règle générale portées devant les tribunaux judiciaires ³⁴.

Mais, dans le système de l'astreinte, le juge connaît de l'exécution de sa décision dans des conditions si spéciales qu'on conçoit sans difficulté que l'astreinte ne tombe pas sous l'application de la règle. A côté de cela, on n'aperçoit aucun principe de Droit administratif qui interdise l'introduction des astreintes parmi les moyens de coercition dont dispose l'administration ³⁵

³³ Traité du contentieux administratif, p. 392.

³⁴ La règle ne souffre d'exception que dans deux cas : celui où la mesure d'exécution contestée est une mesure d'exécution administrative comme, par exemple, une saisie de cautionnement prononcée par l'administration elle-même, et celui où les questions que l'autorité judiciaire doit trancher nécessitent l'interprétation de la décision à exécuter : il faut alors qu'elle renvoie la solution à la juridiction administrative, ce renvoi n'ayant d'ailleurs qu'un caractère préjudiciel.

³⁵ Bien entendu, il ne saurait être, à l'inverse, question d'astreinte pour

créancière d'une obligation, spécialement à l'encontre de ses concessionnaires ³⁶.

amener l'administration à l'exécution de ses obligations envers le concessionnaire : le principe de l'indépendance de l'administration active à l'égard de la juridiction administrative s'y oppose. Le juge administratif n'a pas le droit d'intimer des ordres ou des défenses aux administrateurs : il doit se borner à annuler les actes contraires au droit, à prononcer la résiliation des contrats si elle est justifiée, à allouer aux entrepreneurs des indemnités s'il y a lieu. Que l'astreinte s'analyse comme une forme de dommages-intérêts moratoires, ou comme une peine sanctionnant le pouvoir de commandement des magistrats distinct de leur pouvoir de juridiction (en ce sens : Elsmey, L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes, Rev. trim. de Droit civil, 1903, p. 5 et s.), ou comme une sanction des obligations d'origine prétorienne (en ce sens : Colin et Capitant, 3^e édit., t. II, p. 36 et s.), elle comporte toujours avant tout une injonction d'exécuter l'obligation dans un délai fixé, les dommages-intérêts, la peine, étant la conséquence de la désobéissance à cette injonction. Les tribunaux administratifs ne peuvent donc pas employer l'astreinte contre l'administration (C. d'Et. 23 janvier 1924, Fouché, Leb. 89).

Toutefois, on peut admettre que le juge peut peser indirectement sur l'administration en usant du procédé des dommages-intérêts moratoires, ou en lui offrant l'alternative de payer une indemnité de somme fixe ou de supprimer la cause du préjudice : c'est ce que fait le Conseil d'Etat en matière de démolition d'ouvrages qui occasionnent des dommages (C. d'Et. 10 mars 1905, Berry et Chevallard, et 23 novembre 1906, Bichambis, S. 1907.3.65, note de M. Hauriou).

³⁶ En définitive, l'échelle des sanctions des obligations du concessionnaire comporte actuellement de bas en haut : les dommages-intérêts du droit commun prononcés en vertu de l'article 1142, C. civ., les amendes ou pénalités contractuelles, le séquestre ou mise en régie (qui consiste dans la mainmise de l'autorité concédante sur la concession et son exploitation provisoire sous la direction de l'administration, aux frais et risques du concessionnaire), la résiliation du droit commun, application pure et simple de l'article 1184 C. civ., la déchéance ; tout en bas, nous pensons qu'on peut ajouter : les astreintes. L'administration ne peut user des moyens de police pour sanctionner l'inexécution du contrat de concession (C. d'Et. 5 janvier 1924, Société Industrielle du Gaz et de l'Electricité c. Ville de Remiremont, S. 1926.3.33, note de M. Hauriou ; D. 1926.3.45, note de M. Waline ; 2 juillet 1926, Randon, D. 1926.3.45, sous la note de M. Waline, Rev. des concess., 1926.106 ; en sens contraire : Cass. crim. 6 août 1869 ; 5 janvier 1924, Ville d'Auxerre, Rev. Gén. d'admin., 1924, 216 ; D. hebdomadaire, 1924, 86).

§ 4.

Le recul de la procédure d'action d'office.

On peut voir dans le recul de la procédure d'action d'office en matière de pronouciation de sanction contre le concessionnaire défailant une nouvelle conquête du droit commun dans le domaine de la concession de service public.

Jusqu'à maintenant, nous avons rencontré des cas où le recours au droit commun avait pour but de compléter la convention, de suppléer à ses lacunes.

Ici, on va plus loin : quand l'acte de concession confère à l'administration le *privilège de prononcer d'office* les sanctions prévues contre le concessionnaire, on admet que l'administration peut à son gré *choisir* entre les deux procédés suivants : ou bien, appliquant le contrat, profiter des prérogatives qu'il lui octroie, ou bien au contraire, préférant le mécanisme du droit commun, s'adresser au juge pour faire prononcer par lui les sanctions qu'elle réclame.

Sous le régime de la jurisprudence de 1881 et 1884, il tombe sous le sens que les sanctions ne pouvaient être prononcées que d'office lorsque l'acte de concession donnait ce droit à l'administration.

De la sorte, on se trouvait d'ailleurs d'accord avec les principes qui ont eu cours jusqu'à ces derniers temps sur la procédure d'action d'office.

En Droit privé, dès que le titulaire d'un droit veut réaliser celui-ci à l'encontre d'un adversaire, il ne peut le faire que par l'intermédiaire du juge et sous la forme d'un jugement. Qu'un propriétaire veuille obtenir le bornage de son champ, si le propriétaire du champ voisin ne veut pas se prêter à l'amiable à l'opération du bornage, il est obligé de saisir le juge de paix.

Qu'un créancier veuille se faire rembourser par son débiteur la somme prêtée, s'il n'a pas d'avance un titre exécutoire, un acte notarié, il doit prendre jugement avant de procéder à la moindre voie d'exécution. Qu'un cocontractant désire la résolution d'un contrat, il devra demander au juge de prononcer cette résolution.

Quand il s'agit de l'administration publique, la situation est modifiée : l'administration exerce ses droits elle-même d'une façon extra-juridictionnelle, c'est-à-dire se fait justice à elle-même et jusqu'au bout. Elle délimite elle-même son domaine; elle détermine elle-même ce dont son débiteur lui est redevable et se constitue elle-même contre lui un titre exécutoire; en matière de contrats passés par l'administration, l'interprétation des clauses du marché, leur application, est faite par les agents administratifs eux-mêmes : l'agent prend une décision, l'applique à l'entrepreneur ou au fournisseur, l'exécute même.

C'est la prérogative qui appartient à l'administration d'agir d'office.

Cette particularité se justifie par les exigences de la continuité du service public : il ne faut pas que les services publics risquent d'être interrompus par les délais et les lenteurs qu'entraîneraient des instances en justice préalables.

Ce privilège est assurément redoutable. Il comporte toutefois un notable tempérament : lorsque l'administration en use, elle le fait à ses risques et périls. (C. d'Et. 27 février 1903, consorts Olivier Zimmermann, S. 1905.3.17.)

Mais il était jusqu'ici établi que non seulement les administrateurs peuvent employer la procédure d'office, mais également qu'ils *doivent* l'employer. (C. d'Et. 30 mai 1913, Préfet de l'Eure, S. 1915.3.9. Note de M. Hauriou.)

En matière de sanction des obligations du concessionnaire, la jurisprudence décidait, certes, et décide encore que lorsqu'aucune disposition du contrat n'attribue à l'administration le droit

d'appliquer elle-même la sanction, seul le juge a ce droit. (C. d'Et. 20 mai 1892, Tessier, S. 1894.3.39. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu; 22 mai 1914, Boutet, S. 1921.3.11; 27 février 1924, Commune de Morzine, D. hebdomadaire 1924.268.) Mais fréquemment, le contrat prévoit que l'administration prononcera d'office la sanction. Quand la loi ou la convention contient une clause de cette espèce, une jurisprudence constante exigeait que l'administration prononçât elle-même, d'office, la pénalité : l'administration ne pouvait pas demander au juge administratif de l'infliger en son lieu et place. (C. d'Et. 15 juillet 1881, Syndic de la faillite du Chemin de fer d'Orléans à Rouen, motifs; 24 juillet 1903, Deplanque c. Commune de Portal, Leb. 541³⁷; Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu dans l'affaire Compagnie Départementale des Eaux, D. 1906.3.77, S. 1907.3.8.)

Dans ces conditions, principes sur le pouvoir d'action d'office et stipulations du contrat étaient en même temps respectés³⁸.

L'arrêt Deplanque contre Ville de Nouzon, de 1907, a porté une première atteinte certaine, quoique indirecte, à la rigidité des conceptions inspiratrices de la jurisprudence : si le juge s'arroge le droit de substituer des dommages-intérêts non prévus au contrat que seul, lui juge, peut donc prononcer, à la déchéance dont le contrat dit la plupart du temps qu'elle sera

³⁷ Le sieur Deplanque était concessionnaire de la distribution des eaux de la commune de Portal. L'article 20 de son cahier des charges réservait au préfet le droit de prononcer la déchéance après mise en demeure, sur la demande du Conseil municipal. La commune de Portal s'était adressée au Conseil de préfecture du Pas-de-Calais, afin que celui-ci prononçât la déchéance de l'entrepreneur. Le Conseil de préfecture s'était déclaré compétent. Recours du concessionnaire. « C'est à tort, dit le Conseil d'Etat, que le Conseil de préfecture s'est reconnu compétent pour statuer directement sur la demande de la commune tendant à faire prononcer la déchéance contre le requérant. »

³⁸ Il s'agit bien du respect des stipulations du contrat, puisqu'il ne comporte pas ici de lacune : dès lors, il doit s'appliquer.

appliquée d'office par l'administration, il y a bien un recul de la procédure d'action d'office.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 26 décembre 1924, Ville de Paris, S. 1925.3.25, note de M. Hauriou, marque un changement d'orientation plus décisif encore. La Ville de Paris avait demandé au Conseil de Préfecture de la Seine de prononcer contre la Compagnie du Chemin de fer Métropolitain, en raison d'un manquement prétendu à ses obligations, la pénalité édictée par l'art. 20, § 2, de la convention du 27 janvier 1898.

Le Conseil de Préfecture refusa, estimant qu'il appartenait à l'autorité concédante d'infliger d'office la pénalité. Sur recours, le Conseil d'Etat estime, au contraire, que s'il ressort de la disposition visée « qu'il appartenait à l'autorité concédante d'en faire elle-même l'application, il n'en résulte pas qu'elle fût privée de la faculté de s'adresser au juge du contrat pour obtenir une condamnation pécuniaire en exécution de la clause pénale stipulée ».

Cette décision récente est extrêmement remarquable : elle constitue une nouvelle défaite de l'action directe à laquelle l'administration concédante devient libre de préférer la procédure de condamnation par le juge.

En outre, elle est certainement une dérogation de plus, au profit du Droit privé, à la règle ancienne que le cahier des charges se suffit à lui-même, puisque, à la procédure par lui déterminée expressément, il devient possible de substituer la procédure du droit commun. Et cette dérogation est d'autant plus notable qu'avec elle on aboutit non plus à compléter le cahier des charges, à combler ses lacunes au moyen du droit commun, mais à substituer les règles du droit commun aux prescriptions du contrat, — les premières pourront fonctionner parallèlement aux secondes, au choix de l'administration.

Cette attitude du Conseil d'Etat s'explique, de même d'ailleurs

que la timidité de l'administration active que révèlent des décisions comme celle qui vient d'être rapportée.

L'administration active sait à quoi elle s'expose en utilisant les privilèges exorbitants que le Droit administratif lui confère. Si, en en faisant usage à tort, elle porte un préjudice à son adversaire, elle encourt une condamnation à des dommages-intérêts³⁹. Même en matière de déchéance de concessionnaire, si le juge estime que la déchéance a été prononcée injustement, il a encore le droit d'annuler la décision de l'administration et de remettre le concessionnaire en possession. (C. d'Et. 8 février 1878, Pasquet, Leb. 127; 22 février 1889, Saint-Germier, Leb. 249, sol. implic.; 6 avril 1895, Deshayes, Leb. 344, sol. implic.) Le juge administratif vient donc en l'occurrence prêter secours à l'administrateur actif; et il le fait d'autant plus facilement qu'il sait qu'en même temps il protège les droits du cocontractant de l'administration et sert les intérêts du service public, désormais sujet de ce fait encore à moins d'à-coups.

Si ce nouvel emprunt au droit commun favorise lui aussi le bon fonctionnement du service public, il n'enlève rien à la physionomie que nous avons vu prendre peu à peu au droit de la concession de service public au cours de cette étude. Il est au contraire pleinement conforme à sa physionomie d'ensemble dont nous pensons avoir maintenant donné une idée suffisante pour que nous nous croyions quelque peu autorisé à conclure, sans avoir recherché sur le régime juridique de la concession des développements plus complets qui exigeraient de nombreux volumes.

³⁹ Voyez en matière de déchéance de concessionnaires, C. d'Et. 2 août 1924, Rev. des concess., 1925, 76.

CONCLUSION

Si la concession sort d'une longue période d'existence, celle-ci a été toute consacrée, en fin de compte, à son élaboration. Par là, la concession n'a connu que la destinée commune à toutes les institutions du Droit administratif contemporain. L'évolution de la concession, qui a été retracée au cours de ce travail, n'est qu'un chapitre de l'histoire générale de l'élaboration du Droit administratif.

Elle se distingue toutefois de l'élaboration de beaucoup d'autres institutions administratives à deux principaux points de vue.

D'une part, la concession a été, dans quelque mesure, plus favorisée que beaucoup d'autres institutions administratives par une circonstance qui n'est pas négligeable. Il ne manque pas de situations administratives dont la formation du régime juridique a été et se trouve encore aujourd'hui compliquée par les incertitudes qui planent sur leur nature juridique elle-même : telle, par exemple, la fonction publique dont la concession a été si souvent rapprochée. Certes, nous l'avons vu, on a varié et on discute encore sur la question de la nature juridique de la concession, mais on n'a jamais mis en doute, et on ne pouvait pas d'ailleurs chez nous contester, que la concession fût au moins partiellement un contrat. Les interprètes ont eu là un point d'appui solide pour édifier une théorie de la concession.

Mais, d'autre part, — et c'est là alors un vice de l'évolution de la concession, — on n'a pas oublié les raisons qui ont retardé toute élaboration d'un droit de la concession.

Sans doute, ce fait a valu au droit de la concession de se constituer sous l'influence de la notion nouvelle de concession, mode de gestion des services publics, et il en est sorti un corps de règles d'une grande souplesse et marqué du caractère administratif le plus sûr.

Mais cette élaboration a été rapide, et cela explique certaines contradictions ou plus exactement certaines hésitations qui frappent dans la jurisprudence. On trouve dans les décisions du Conseil d'Etat, et surtout dans celles des tribunaux judiciaires, des traces encore vivaces des solutions anciennes : on a pu s'en rendre compte à différentes reprises au long de cette étude; nous en avons relevé entre autres d'assez importantes à l'occasion de notre examen de la conception jurisprudentielle de la nature juridique de la concession : elles soulignent les difficultés qu'éprouvent les principes récemment venus au jour dans notre matière à s'introduire complètement.

La rapidité du mouvement d'élaboration de la concession a eu un autre effet dont on hésite un peu à parler à cette place, de crainte de laisser le lecteur sur une impression décevante.

En un petit nombre d'années, s'est modifiée profondément l'idée qu'on s'était faite, pendant longtemps, de la concession. Celle-ci n'est plus la combinaison de jadis qui donnait au concessionnaire comme au concédant une situation si sûre, étant uniquement déterminée par un contrat qui établissait les rapports des parties d'une manière immuable.

Il en est résulté quelque désarroi chez les entrepreneurs. Peut-être l'administration elle-même oriente-t-elle légèrement ses préférences, actuellement, lorsqu'elle désire ne pas gérer elle-même certains services publics, vers un procédé voisin, la régie intéressée, — dont la concession se distingue d'ailleurs beaucoup moins qu'autrefois, nous l'avons noté. On voit poindre également des combinaisons nouvelles : actionnariat des collectivités publiques, économies mixtes. L'évolution du régime

juridique de la concession a été rangée parmi les causes de ce qu'on a appelé : la crise de la concession ; et c'est une chose très curieuse que de se demander si l'élaboration de notre institution ne participerait pas à conduire celle-ci à sa propre ruine.

Mais non. S'il y a une certaine crise de la concession, un léger mouvement de recul de ce système dans la pratique administrative, — d'ailleurs d'une portée bien faible et qui ne menace pas la concession d'une disparition prochaine, — cela tient à l'influence de doctrines économiques et politiques dont nous n'avons pas à apprécier ici le bien-fondé et qui tendent à faire préférer l'exploitation des services publics par l'administration elle-même, en régie directe, aux procédés de gestion par les particuliers.

Le malaise causé par l'évolution brusque de la physionomie de la concession doit, lui, s'apaiser, parce qu'on doit se rendre compte qu'en fait les intérêts des parties au contrat de concession sont aussi remarquablement protégés maintenant qu'hier, et surtout que, sans la transformation qu'elle a subie, la concession de service public ne serait plus, car elle ne répondrait plus aux exigences des conceptions présentes, alors qu'elle nous apparaît au contraire, aujourd'hui, avec ses grandes lignes très fermes, comme une des institutions qui révèlent et appliquent de la manière la plus saisissante l'inspiration profonde du Droit administratif : elle est un des mécanismes les plus représentatifs de ce qu'est une institution du Droit administratif.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX.

- ALIBERT (Raphaël). — Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1926.
- APPLETON (Jean). — Traité élémentaire du contentieux administratif, 1927.
- AUBRY et RAU. — Cours du Code civil, 4^e édit., t. IV.
- AUCOC (Léon). — Conférences sur l'administration et le Droit administratif (1^{re} édit.), 3 vol., 1869-1876.
- Conférences sur l'administration et le Droit administratif, 2 vol., t. I et II, 3^e édit., 1885 et 1886; t. III, 2^e édit., 1882.
- BATBIE (A.). — Traité théorique et pratique de Droit public et administratif, 2^e édit., 8 vol., 1885-1886.
- BEQUET (L.), LAFERRIÈRE et DISLÈRE (L.). — Répertoire du Droit administratif, 1883-1912, 28 vol.
- BERTHÉLEMY (Henri). — Traité élémentaire de Droit administratif, 3^e édit., 1905.
- Traité élémentaire de Droit administratif, 11^e édit., 1926.
- BLANCHE. — Dictionnaire général d'administration; édition refondue et mise au courant par M. DE MOUY, 1904, 2 vol.
- BONNARD (R.). — Précis élémentaire de Droit administratif, 1926.
- BONNIN (Charles-Jean). — Principes d'administration publique, 3^e édit., 1812, 3 vol.
- BOUCHENÉ-LEFER (A.). — Principes et notions élémentaires du Droit public et administratif, 1862.
- CHANTAGREL (J.). — Droit administratif théorique et pratique, 2^e édit., 1859.
- COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri). — Cours élémentaire de Droit civil français, 3^e édit., 1921-1923, 3 vol.
- CORMENIN (DE). — Questions de Droit administratif, 4^e édit., 1837, 3 vol.; 5^e édit., 1840, 3 vol.
- COTELLE. — Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics, 3^e édit., 1859-1862, 4 vol.
- DALLOZ. — Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, 44 tomes, 1845-1864; Supplément, 19 tomes, 1887-1897.
- Répertoire pratique, 1910-1926, 12 vol., plus 1 vol. de supplément.

- DEMOGUE (René). — Traité des obligations en général (en publication), vol. I, 1923.
- DUCROCQ (T.). — Cours de droit administratif et de législation française des finances, avec introduction de droit constitutionnel et les principes de droit public, 7^e édit., 7 vol., 1897-1905.
- DUFOUR (G.). — Traité général de Droit administratif appliqué, 2^e édit., 7 vol., 1854-1857.
- DUGUIT (Léon). — Les transformations du droit public, 1913.
— Traité de Droit constitutionnel, 2^e édit., 5 vol., 1921-1925.
- FOUCART. — Eléments de droit public et administratif, 2^e édit., 3 vol., 1839.
- FUZIER-HERMANN. — Répertoire général alphabétique du droit français (1886-1906), 36 vol., plus une table chronologique; Supplément (en publication depuis 1911, 6 vol. parus).
- GAUTIER (A.). — Cours de droit administratif : I. Précis des matières administratives dans leurs rapports avec les matières civiles et judiciaires, 1879; — II. Précis des matières administratives dans leurs rapports avec le droit public, 1880.
- GERANDO (Baron J. DE). — Institutes du droit administratif français, 4 vol., 1829-1830.
- JÈZE (Gaston). — Les principes généraux du Droit administratif, 3^e édit., t. I, 1925, t. III, 1926.
— Les contrats administratifs, 1927.
- HAURIU (Maurice). — Précis de Droit administratif, 2^e édit., 1893.
— Précis de Droit administratif et de Droit public, 11^e édit., 1927.
- LAFERRIÈRE. — Traité de la juridiction administrative, 2^e édit., 1896, 2 vol.
- MAYER (Otto). — Le Droit administratif allemand, édit. française (collection BOUCARD et JÈZE), t. IV.
- ROLLAND (Louis). — Précis de Droit administratif, 1928.
- SERRIGNY (D.). — Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière administrative dans leurs rapports avec le droit civil, 2^e édit., 1865, 3 vol.
- THALLER (Ed.). — Traité général théorique et pratique de droit commercial. Les Transports, par L. JOSSEMAN, 1910, 1 vol.
- VIVIEN (A.). — Etudes administratives, 2 vol., 1852.

II. — OUVRAGES SPÉCIAUX.

- ALIBERT (R.). — L'imprévision dans les concessions de services publics; l'évolution des faits et l'adaptation de la théorie depuis 1916; 1924.
- AULAGNON (L.). — De la situation juridique des usagers titulaires de polices d'abonnement à l'égard des compagnies concessionnaires d'un service public (Extr. de la Rev. trimest. de Droit civil), 1924.

- BIBIÉ (Maxence). — Situation juridique des voies ferrées d'intérêt général concédées, thèse, Bordeaux, 1919.
- CHRISTOPHLE (Albert). — Traité des travaux publics, 1862, 2 vol.
- CHRISTOPHLE (A.) et AUGER (P.). — Traité des travaux publics, 2^e édit., 1889-1890, 2 vol.
- COLOMBET. — Des droits du distributeur d'énergie électrique vis-à-vis des propriétaires, thèse, Paris, 1925.
- COLSON (Cl.). — Abrégé de la législation des chemins de fer et tramways, 2^e édit., 1904.
- Transports et tarifs, 1908.
- COURCELLE (L.). — Traité administratif des travaux publics, 1927, 3 vol.
- DÉCENCIÈRE-FERRANDIÈRE (A.). — De l'effet à l'égard des tiers des augmentations de tarifs dans les concessions de gaz et d'électricité, thèse, Paris, 1927.
- DEREUX. — Nature juridique des tarifs de chemins de fer, thèse, Paris, 1906.
- DREYFUS (A.). — Etude juridique de la concession de travaux publics, thèse, Paris, 1896.
- DUEZ (Paul). — La responsabilité de la puissance publique, 1927.
- De l'indépendance du pouvoir législatif et réglementaire dans la fixation des règles de droit, thèse, Lille, 1914.
- GROUT (Henry). — Les services maritimes postaux en France, thèse, Paris, 1907-1908.
- GUILLOUARD (J.). — Notion juridique des actes d'exécution, des autorisations et des concessions administratives, thèse, Caen, 1903.
- HAURIOU (André). — La mainmise de l'Etat sur l'énergie des cours d'eau non navigables ni flottables, thèse, Toulouse, 1921.
- JANSSE (L.). — L'évolution de la notion de concession en matière de chemins de fer, thèse, Paris, 1924.
- LAME-FLEURY et SARRUT. — Code annoté des chemins de fer en exploitation, 4^e édit., 1905.
- LAMPUÉ (Pierre). — Les rapports entre l'Etat et les compagnies de transports publics aériens, thèse, Paris, 1927.
- L'HUILLIER (J.). — Législation des distributions d'énergie électrique, 1927.
- MACAREL et BOULATIGNIER. — Traité de la fortune publique, t. I.
- MAGNAN DE BORNIER (J.). — Essai sur la théorie de l'imprévision, thèse, Montpellier, 1924.
- MESTRE (Achille). — Propriétaires et compagnies de distribution d'énergie électrique, 1925.
- MONSARRAT (G.). — Contrats et concessions des communes, 1920.
- NEZARD (H.). — Théorie juridique de la fonction publique, thèse, Paris, 1901.
- NOEL (M.). — La notion de travail public, thèse, Paris, 1924.

- PÉPY (André). — Le régime des distributions d'énergie électrique. Cours de Droit administratif approfondi professé à la Faculté de Droit de Grenoble, année scolaire 1926-1927.
- PERRIQUET (E.). — Traité théorique et pratique des travaux publics, 1883, 2 vol.
- PICARD. — Traité des chemins de fer, 1887, 4 vol.
- PILON (E.). — Monopoles communaux, thèse, Caen, 1898.
- PORÉE (H.) et CUÉNOT (H.). — Des entreprises de travaux publics, 1901.
- PROUDHON. — Traité du Domaine public, 2^e édit., 1844-1845, 4 vol.
- REDEUILH (Henri). — Nature juridique de la concession de service public, thèse, Bordeaux, 1925.
- REGRAY. — Faits de jouissance privée dont le domaine public est susceptible, 1900.
- SCELLE (Georges). — De l'influence des considérations d'utilité publique sur les contrats, thèse, Paris, 1906.
- TARBE DE VAUXCLAIRS. — Dictionnaire des travaux publics, 1835.
- TASSOT (Fabien). — Le rachat du Canal du Midi, thèse, Toulouse, 1912.
- TROTABAS (L.). — De l'utilisation du domaine public par les particuliers, thèse, Paris, 1924.
- VEGLERI (Phédon). — Des modifications apportées par l'Administration à ses contrats, thèse, Paris, 1927.

III. — ARTICLES.

- BARTHÉLEMY (Joseph). — Voir Joseph BARTHÉLEMY.
- BERNIER (Ch.). — Des pouvoirs de l'administration sur les concessions de travaux publics, *Rev. Droit pub.*, 1927, 474.
- BERTHÉLEMY (H.). — Communes et gaziers, *Rev. pol. et parl.*, 1917, III, 23.
- BLAEVOET (Ch.). — Modifications apportées au régime des distributions d'énergie électrique par la loi du 27 février 1925, *Rev. Droit pub.*, 1926, 52; De la nature des concessions d'entreprises hydrauliques, *Rev. des Concess.*, 1927, 33.
- BOSC (A.). — La théorie de l'imprévision en matière de concessions de services publics et la jurisprudence du Conseil d'Etat, *Rev. Droit pub.*, 1926, 411.
- CRUVEILHIER. — Les concessions d'éclairage, *Rev. gén. d'administration*, 1898.
- DELALLEAU. — Des droits et des obligations des concessionnaires de travaux publics, *Rev. de législation et de jurisprudence (Wolowski)*, 1834-1835, t. I, p. 177 et 358.
- DESBATS (A.). — De la nature juridique du contrat de concession, *Rev. gén. d'adm.*, 1917.

- DUGUIT (Léon). — Le Conseil d'Etat et l'affaire du Gaz de Bordeaux, *Rev. pol. et parl.*, 1916, II, 264.
- HAURIUO (Maurice). — Le Conseil d'Etat et l'affaire du Gaz de Bordeaux, *Rev. pol. et parl.*, 1916, III, 40.
- JÈZE (Gaston). — Les éléments essentiels du service public, *Rev. Droit pub.*, 1913, 503; — La guerre et les concessionnaires des services publics, *ibid.*, 1916, 206 et 388; — De la distinction entre la concession d'occupation du domaine avec charges et la concession de service public, *ibid.*, 1916, 363; — Le régime juridique des marchés de services publics, *ibid.*, 1918, 219; — La lésion comme vice du consentement en droit public français, *ibid.*, 1922, 444; — De l'application des règles du droit privé aux manifestations unilatérales ou contractuelles de volonté du droit public, *ibid.*, 1923, 5; — Le service public, *Revista de drept public*, avril-juin 1926.
- Joseph BARTHÉLEMY. — Sur l'interprétation des lois par le Parlement, *Rev. Droit pub.*, 1911, 129.
- LA TASTE (DE). — Sanctions pécuniaires des obligations des concessionnaires de chemins de fer et de tramways, *Rev. des Concess.*, 1904, 49; — La crise du gaz devant les Conseils de préfecture, *ibid.*, 1915-1916, 209.
- MESTRE (A.). — La jurisprudence et la loi du 16 octobre 1919 sur l'énergie hydraulique, *D. hebdom.*, 1928, n° 29.
- REMAURY (Aug.). — Permission de voirie et concession. Nouveau régime de la loi du 27 février 1925, *Rev. des Concess.*, 1927, 5.
- RIPERT (Henri). — Les rapports de la police et de la gestion, *Rev. Droit pub.*, 1905, 4.
- ROLLAND (Louis). — Les retraites des cheminots et le droit du législateur d'imposer de nouvelles obligations à un concessionnaire de travaux publics, *Rev. Droit pub.*, 1909, 520; — Du droit du législateur de compléter ou d'interpréter les dispositions d'un acte de concession, *ibid.*, 1910, 116; — Les nouvelles concessions de mines, *ibid.*, 1920, 342; — L'utilisation de l'énergie hydraulique, *ibid.*, 1920, 102.
- ROUX (Albert). — L'entreprise des pompes funèbres au point de vue de la compétence, *Rev. gén. d'adm.*, 1911, I, 275; — De la compétence en matière de marchés pour le service des prisons, *ibid.*, 1916, III, 43.
- Des concessions, *Rev. des Concess.*, 1901-1902, 9; — La crise économique et les services publics concédés, *Rev. des Concess.*, 1920, 15.
-

VU :

Grenoble, le 10 juin 1929.

Le Président de la thèse,

A. PÉPY.

VU :

Grenoble, le 11 juin 1929.

Le Doyen de la Faculté de Droit,

PAUL REBOUD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Grenoble, le 12 juin 1929.

Le Recteur,

Président du Conseil de l'Université,

HENRY GUY.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE	
La notion de concession de service public.....	3
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — <i>Le terme concession dans la langue du Droit administratif</i>	5
CHAPITRE PREMIER. — <i>La concession mode d'exécution des travaux publics :</i>	
Section première. — Les premiers temps :	
§ 1. L'Ancien Régime	9
§ 2. Les premières années du XIX ^e siècle.....	17
Section II. — La concession de travaux publics traditionnelle :	
§ 1. Observations générales	24
§ 2. La concession de travaux publics et la notion de travail public	29
§ 3. La compétence	35
Section III. — Les baux administratifs, les contrats qualifiés simplement marchés de fournitures, le procédé du lien indivisible, les marchés intéressant la grande voirie.....	37
§ 1. Les baux administratifs.....	39
§ 2. Les marchés de fournitures.....	44
§ 3. Le procédé du lien indivisible.....	45
§ 4. Les marchés intéressant la grande voirie.....	51
CHAPITRE II. — <i>La concession mode de gestion des services publics :</i>	
Section première. — Observations générales.....	53
Section II. — Le domaine de la concession :	
§ 1. La notion de service public.....	56
§ 2. Examen de quelques situations juridiques auxquelles la nature de concession de service public a été contestée.....	63
§ 3. Les concessions sans travail public.....	79
Section III. — La compétence	82

	Pages
Section IV. — L'atténuation du caractère aléatoire de la concession..	85
Appendice. — La curieuse histoire des concessions de bacs et passages d'eau	87
CHAPITRE III. — <i>L'arrêt du Conseil d'Etat du 22 juin 1928, de Sigalas.</i>	92
§ 1. Les arguments en présence dans la question de la nature juridique des concessions d'énergie hydraulique.....	93
§ 2. La solution	101
CHAPITRE IV. — <i>Concession de service public et Domaine public.....</i>	111
§ 1. Toute concession d'occupation du Domaine public est-elle une concession de service public ?.....	111
§ 2. Toute occupation du Domaine en vue de l'exploitation d'un service public doit-elle être une concession de service public ?	118

DEUXIEME PARTIE

Le droit de la concession de service public.....	121
INTRODUCTION. — Les conditions générales de l'élaboration du droit de la concession	121
CHAPITRE PREMIER. — <i>La nature juridique de la concession.....</i>	130
Section première. — La concession contrat pur et simple.....	131
Section II. — La concession acte unilatéral.....	139
§ 1. La théorie allemande.....	140
§ 2. La théorie italienne de la concession-licence et de la concession-contrat	141
§ 3. La concession acte unilatéral complexe.....	143
Section III. — La théorie de M. Duguit :	
§ 1. La théorie	144
§ 2. Les effets logiques de la théorie.....	151
§ 3. Critique de la théorie.....	158
Section IV. — La jurisprudence du Conseil d'Etat.....	160
§ 1. Le caractère contractuel de toutes les dispositions du traité de concession	162
§ 2. Le caractère légal et réglementaire des dispositions organiques du service.....	165
CHAPITRE II. — <i>Le droit de l'administration de modifier unilatéralement les conditions de fonctionnement du service :</i>	
Section première. — Observations introductives.....	170

	Pages
§ 1. Les atteintes portées par l'administration à la condition de ses cocontractants	170
§ 2. Fondement du droit de l'administration de modifier unilatéralement les conditions de fonctionnement du service concédé	175
Section II. — L'ancienne distinction de la police de l'ordre public et de la police de la gestion.....	178
Section III. — La doctrine contemporaine.....	182
§ 1. L'affaire des Grandes Compagnies de chemins de fer et l'affaire des Tramways de Marseille.....	183
§ 2. De quelques applications faites par le législateur de la doctrine contemporaine	188
§ 3. Conditions dans lesquelles l'administration peut modifier la loi du service concédé.....	193
CHAPITRE III. — <i>La théorie de l'imprévision</i>	199
§ 1. La conception civiliste de la force majeure et les précédents à l'arrêt du Gaz de Bordeaux.....	200
§ 2. L'arrêt du Gaz de Bordeaux.....	204
CHAPITRE IV. — <i>L'extension des règles du Droit civil à la concession de service public</i>	211
Section première. — L'application du Code civil en matière administrative	211
Section II. — L'ancienne jurisprudence en matière de concessions, notamment dans le domaine des sanctions des obligations du concessionnaire	224
Section III. — Les conceptions nouvelles, particulièrement dans le domaine de la sanction des obligations du concessionnaire.....	231
§ 1. L'application de l'article 1142 du Code civil.....	232
§ 2. L'application de l'article 1184 du Code civil.....	237
§ 3. La question de l'application des astreintes.....	240
§ 4. Le recul de la procédure d'action d'office.....	244
CONCLUSION	249
BIBLIOGRAPHIE	252

